

Sammlung

von

Civilrechtlichen Entscheidungen

des

k. k. obersten Gerichtshofes.

Herausgegeben

von

Dr. Julius Glaser, Dr. Joseph Unger

und

Joseph v. Walther.

Sechster Band.

(Mit systematischem Register für Band 1—6.)

Zweite Auflage.

Wien.

Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn.

1877.



Sammlung

von

Civilrechtlichen Entscheidungen

des

k. k. obersten Gerichtshofes.

Herausgegeben

von

Dr. Julius Glaser, Dr. Joseph Unger

und

Joseph v. Walther.

Sechster Band.

(Mit systematischem Register für Band 1–4.)



Zw … Auflage.

Vorwort.

Der vorliegende Band enthält die bis einschließlich 1869 veröffentlichten Entscheidungen des obersten Gerichtshofes aus den Jahren 1867 und 1868 und — im Nachtrag — aus früheren Jahren mit Ausnahme jener Judicate, die mit seither abrogirten Gesetzen in Verbindung stehen.

Der Band ist mit dem Register der einschlägigen und citirten Gesetzstellen und dem systematischen Register für alle sechs Bände versehen.

Wien, im September 1876.

Die Herausgeber.

1867.

Nr. 2714.

Herstellung des ersten halben Beweises durch zwei bedenkliche Zeugen.

Entsch. v. 3. Jänner 1867, Nr. 10562 (Bestätigung des das Urth. des B. G. Laa v. 19. März 1865, Nr. 2405, abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 16. Nov. 1865, Nr. 17269). G. Z. 1867, Nr. 18.

In der Rechtssache des A wider B kam es auf den Umstand an, ob B für die Schuld eines Dritten als Bürge und Zahler eingetreten sei, wofür Kläger den Zeugenbeweis durch seine beiden Brüder — der ganz zu seinen Gunsten ausfiel — und den Erfüllungseid anbot und eventuell dem B den Haupteid auftrug. Die erste Instanz ließ letzteren zu und berücksichtigte die Aussagen der beiden Zeugen, als nach §§. 142 und 144 a. G. O. unzulässig, nicht. Allein die zweite Instanz erkannte auf den Erfüllungseid des Klägers; denn durch die übereinstimmende eidliche Aussage der Zeugen, deren Glaubwürdigkeit auf keine Weise erschüttert ist, wird im Sinne der §§. 137 und 144 a. G. O. zu Gunsten des Klägers mindestens ein halber Beweis erbracht, welcher durch seinen Erfüllungseid ergänzt werden kann. Deshalb war auf letzteren, und nicht auf den eventuell aufgetragenen Haupteid, der nur in Ermanglung anderer Beweise als subsidiarisches Beweismittel zulässig erscheint, zu erkennen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte letzteres Urtheil. Gründe: Obgleich beide Zeugen nach §. 142 lit. a a. G. O. bedenklich sind, so erklärt doch der §. 137 a. G. O., daß mehrere — also auch nur drei — solche Zeugen einen vollständigen Beweis zu erbringen geeignet sind, und der §. 141 erklärt sogar einen verwerflichen Zeugen als zulässig zur Ergänzung des Beweises. Es wäre daher inconsequent, anzunehmen, daß durch zwei bedenkliche Zeugen nicht auch ein halber Beweis herbeigeschafft werden könne, zumal wenn kein anderer Grund ihrer Bedenklichkeit als jener ihrer Verwandtschaft mit dem Zeugenführer besteht.

Nr. 2715.

Neuer Fall von Besitzstörung — oder Erneuerung des durch Urtheil untersagten Eingriffes?

Entsch. v. 3. Jänner 1867, Nr. 10874 (Best. des das Decr. des B. G. Krzeszowice v. 24. Juli 1864, Nr. 989, abänd. Decr. des O. L. G. Krakau v. 24. Mai 1865, Nr. 2667). G. H. 1867, S. 450.

Nachdem durch rechtskräftige Entscheidung in possessorio summariissimo der Kirche A gegen den Gutsbesitzer B der klägerische Besitz einer Hutweide anerkannt, die Besitzstörung des Beklagten durch eigenmächtiges Setzen von Weidenbäumen in dem Weidegrundstück festgestellt und demselben die Beseitigung der Bäume und die Enthaltung von künftiger Besitzstörung bei Strafe von 50 fl. aufgetragen worden war, ließ B die Weidenbäume wegräumen, jedoch gleich darauf 29 Stücke von seinem Vieh auf das Grundstück zur Weide treiben. Durch diese Handlung sah die Klägerin sich veranlaßt, gegen B im Wege der Execution der vorerwähnten Entscheidung auf Verhängung der angedrohten Geldstrafe und Erlassung des Weideverbots unter Bedrohung mit einer neuen Strafe anzutragen. Das Gericht erster Instanz hat diesem Gesuche nach vorgängiger Verhandlung der Parteien stattgegeben.

In Uebereinstimmung mit dem O. L. G. hat der oberste Gerichtshof die Kirche in der Erwägung abgewiesen, daß durch die vorausgegangene Entscheidung in possessorio summariissimo die Kirche A nicht im ausschließlichen Besitz des Grundstückes geschützt wurde; daß damals die Besitzstörung in dem Pflanzen von Weidenbäumen bestand; daß die Klägerin selbst den Weiderechtsbesitz des Beklagten nicht in Abrede stellt und die Frage nach der Zahl der Viehstücke, die B auf zutreiben berechtigt ist, nicht in possessorio summariissimo, sondern im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden ist.

Nr. 2716.

Verführung unter nicht erfüllter Zusage der Ehe; Umfang des Entschädigungsanspruches.

Entsch. v. 3. Jänner 1867, Nr. 11124 (Best. des Urth. der Prätur Triest v. 25. Februar 1866, Nr. 3931, Abänd. des Urth. des O. L. G. Triest v. 11. Juli 1866, Nr. 3154). G. H. 1867, S. 323.

Das Klagbegehren der A gegen den B, welcher strafgerichtlich der Verführung derselben unter der nicht erfüllten Zusage der Ehe schuldig erklärt worden war, um Zahlung von 200 fl. als Schadenersatz für den Verlust ihrer Versorgung durch eine andere Heirat und den Nachtheil an ihrer Ehre wurde in erster Instanz abgewiesen und dieses Erkenntniß vom obersten Gerichtshofe in der Erwägung bestätigt, daß der vom Richter erster Instanz aufgestellte Grundsatz, wonach der

Klägerin für die verlorene Ehre oder die verminderte Aussicht auf Verehelichung kein Anspruch gebührt, durch den §. 1328 a. b. G. B. vollkommen gerechtfertigt ist, welcher im Nachhange zu den über das Recht zur Entschädigung im 30. Hauptstück des II. Theiles des a. b. G. B. aufgestellten allgemeinen Regeln und in Anwendung derselben auf specielle Arten von Beschädigungen eben die Verführung einer Frauensperson zum Gegenstande nimmt und für diesen speciellen Fall eine besondere Anordnung trifft, worin der gesammte vom Verführer zu ersetzende Schaden klar und deutlich bestimmt ist, ohne daß in demselben von Entschädigung für die verlorene Ehre oder verminderte Heiratsaussicht eine Rede ist; daß somit die diesen Anspruch abweisende Entscheidung des Gerichtes erster Instanz sowohl dem Buchstaben wie dem Geiste der Gesetzgebung entspricht.

Nr. 2717.

Auslegung des Versprechens, „bis" zu einem gewissen Tage nicht Execution zu führen.

Entsch. v. 3. Jänner 1867, Nr. 33 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 30. Oct. 1866, Nr. 135857, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 13. Nov. 1866, Nr. 20527). G. Z. 1867, Nr. 15, G. H. 1867, S. 79.

A, ein Wechselgläubiger des B, hatte diesem gegenüber — um ihn nicht zur Eröffnung des Ausgleichsverfahrens zu zwingen — sich schriftlich verpflichtet, „daß er mit der Executionsführung bis 28. September warten werde". Am 28. September ward nun die Pfändung vorgenommen, deren Giltigkeit die erste Instanz aus folgenden Gründen anerkannte: Es muß ausgesprochen werden, daß nach grammatischer Auslegung des Wortes „bis" sowie nach allgemeinem Sprachgebrauche dasselbe eine exclusive Bedeutung hat, somit im gegebenen Falle der 28. September exclusive gemeint war (s. deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm, II. Bd., S. 42). Aber selbst wenn man annimmt, daß die Auslegung der Bedeutung dieses Wörtchens eine zweifelhafte wäre, so ist nach den allgemeinen juridischen Grundsätzen, insbesondere nach den Bestimmungen des a. b. G. B. anzunehmen, daß im Zweifel bei vorliegendem Falle die strengere Interpretation zu Gunsten des Executionsführers eintreten müsse. Die Analogie der §§. 484 und 915 a. b. G. B., dann der im ganzen Gesetze sich durchziehende Grundsatz der größtmöglichen Freiheit des Eigenthums (Eigenthum hier im weiteren Sinne genommen) sprechen dafür. Durch die Zahlungsauflage hat nämlich A das Recht erlangt, nach drei Tagen nach erfolgter Zustellung derselben mit der Execution vorzugehen. Von diesem seinem gesetzlichen Rechte zur Executionsführung ist nun A freiwillig auf einige Zeit abgestanden, er hat somit auf sein Recht bis zu einem gewissen Zeitraume verzichtet. Es muß dem-

nach im Zweifel die strengere Auslegung zu seinen Gunsten stattfinden, und daher ausgesprochen werden, daß mit Eintritt des 28. September, resp. mit Ablauf des 27. September sein gesetzliches Recht zur Executionsführung wieder auflebte. Uebrigens muß auch noch weiters bemerkt werden, daß selbst nach den Angaben des Executen das Zuwarten des Executionswerbers als ein unentgeltliches angesehen werden muß, denn die von ihm versprochene Vergütung der dem Ersteren rechtskräftig zuerkannten Gerichtskosten und Provision kann doch nicht als ein Entgelt angesehen werden; es tritt somit jedenfalls die Bestimmung des §. 915 a. b. G. B. zu Gunsten des A in Anwendung. Das O. L. G. erklärte die Execution als **nicht** zu Recht bestehend. Diese Entscheidung beruht auf der Erwägung, daß der in der Erklärung des A bezeichnete 28. September 1866 als Endtermin des Zuwartens mit der vom Schuldner beabsichtigten Ausgleichung aufzufassen und die Versicherung, „bis 28. September 1866 keine Execution zu führen", dahin zu verstehen ist, daß A nicht länger als bis 28. September mit der Execution innehalten wollte. Diese Auslegung rechtfertigt sich durch den Sprachgebrauch, indem A ja nicht sagen wollte, wann er „nämlich am 28. September" wieder Execution zu führen berechtigt sein sollte, sondern ausdrücken wollte, wie lange er sich der Executionsführung enthalte; wenn er also zu diesem Ende den 28. September nannte, so ist dieser Tag in der Zeit, durch welche er die Executionsführung unterlassen will, begriffen; der im §. 915 a. b. G. B. vorausgesetzte „Zweifel" ist nicht vorhanden, da zur Auslegung jener streitigen Stelle der Sprachgebrauch zu Gebote steht, während der §. 915 nur Anwendung hat, wenn andere Hilfsmittel der Auslegung mangeln.

Auf den Recurs des A wurde die obergerichtliche Entscheidung in **dritter** Instanz bestätigt, und zwar aus den obergerichtlichen Gründen und in der Erwägung, daß im allgemeinen Sprachgebrauche die Bedeutung des Wortes „bis" nicht festgestellt, daher häufig durch Beifügung der Worte „einschließlich" oder „ausschließlich" oder ein anderes näher bestimmt wird, was im vorliegenden Falle aber nicht geschah; daß weiters die Absicht der Contrahenten offenbar dahin ging, das Zustandekommen des Ausgleiches zu erleichtern, und deshalb mit der Execution zuzuwarten, daher die Auslegung gegen den Recurrenten zu geschehen hat.

Nr. 2718.

Anfangspunkt der Frist zum Ansuchen um Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung.

Entsch. v. 4. Jänner 1867, Nr. 11131 (Best. des Urth. des B. G. Voitsberg v. 31. Dec. 1865, Nr. 8018, Abänd. des Urth. des O. L. G. Graz v. 29. Mai 1866, Nr. 5556). G. H. 1867, S. 403.

Die Restitutionsklage des A wider B wegen schlechter Vertretung war darauf gegründet, daß sein Rechtsanwalt die zwei Haupteide, welche

das O. L. G. in der Proceßentscheidung, voneinander gesondert, dem A aufgetragen hatte, in der Eidesantretung in einer Eidesformel vereinigte und A, dem sein Gewissen nur die Leistung des einen Eides gestattete, den angetretenen Cumulativeid nicht abschwören konnte. Dem in erster Instanz wegen Verspätung abgewiesenen Klagebegehren hat das O. L. G. stattgegeben und die Rechtzeitigkeit des Anbringens der Restitutionsklage damit motivirt, daß A die Abschrift des über die Eidestagfahrt errichteten Protokolles vom 31. Mai, aus welchem erst sowohl er, wie sein neuer Vertreter von dem Inhalte der von seinem vorigen Rechtsfreunde verfaßten Eidesformel und von der von ihm selbst bei der Tagfahrt abgegebenen Erklärung sich die erforderliche Ueberzeugung verschaffen konnte, da der in Erledigung des Protokolles erlassene gerichtliche Bescheid vom 4. Juni (des Inhalts: daß A den ihm aufgetragenen Eid nach der von ihm vorgelegten Formel nicht abgelegt habe) darüber keine Aufklärung gab — erst am 14. Juli erhalten hat, mithin die am 20. Juli überreichte Restitutionsklage rechtzeitig angebracht war, und daß für A, einen Bauersmann, die Restitutionsfrist nur von dem Tage an berechnet werden kann, an welchem er von dem Versehen des früheren Rechtsfreundes und von der von demselben versäumten Frist zum Recurs gegen den Bescheid vom 4. Juni durch die Aufklärungen seines dermaligen Vertreters Kenntniß empfangen hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Abgesehen davon, daß die Anführung des A, die Abschrift des Protokolles vom 31. Mai erst am 14. Juli erhalten zu haben, bei dem derselben entgegengesetzten Widerspruch des B nicht für wahr angenommen werden kann und daß ihm, der bei der Tagfahrt zugegen gewesen ist und das Protokoll unterzeichnet hat, der Inhalt desselben ohnehin schon bekannt war, — ist die Frage, wann er die erwähnte Abschrift empfangen habe, nicht entscheidend. Denn nach dem Hofdecrete vom 19. December 1801, J. G. S. Nr. 545, ist die 14tägige Frist zum Ansuchen um die Restitution wegen schlechter Vertretung von dem Tage zu berechnen, an welchem der verkürzten Partei die betreffende Verordnung oder das Urtheil bekannt geworden ist. Als diese Verordnung kann aber hier nur der in Erledigung des Eidestagsatzungsprotokolles vom 31. Mai ergangene gerichtliche Bescheid vom 4. Juni angesehen werden, und diesen Bescheid erhielt A, zufolge seiner eigenen Angabe, von seinem früheren Anwalte am 3. Juli nebst allen Schriften und der Bemerkung: „Ihr habt verloren, weil Ihr nicht geschworen habt.“ Demnach war A bereits am 3. Juli in Kenntniß gesetzt, daß ihm das Gericht die Trennung der in der Antretung in Einer Formel vereinigten zwei Haupteide nicht gestattet und die von ihm bei der Tagfahrt angebotene Ablegung des Einen dieser Haupteide allein nicht zugelassen hat; er war aber dadurch auch davon bereits in Kenntniß gesetzt, daß sein Vertreter unterlassen hatte, gegen den die Streitsache

zu seinem Nachtheile definitiv entscheidenden Bescheid vom 4. Juni zu recurriren. Seine trotzdem erst am 20. Juli angebrachte Restitutionsklage war daher verspätet.

Nr. 2719.

Beweiskraft strafgerichtlicher Erkenntnisse: Unzulässigkeit des Gegenbeweises.

Entsch. v. 4. Jänner 1867, Nr. 11142 (Best. des das Urth. des B. G. Scheibbs v. 23. März 1866, Nr. 392, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 29. August 1866, Nr. 13331). G. H. 1867, S. 184.

Mit Abänderung des Interlocuts, womit die erste Instanz im Proceß des A wider den wegen körperlicher Verletzung desselben strafgerichtlich verurtheilten B pto. Zahlung der Heilungskosten, des entgangenen Gewinnes und eines Schmerzengeldes auf den Zeugenbeweis erkannt hatte, durch welchen der Beklagte den im Strafverfahren erbrachten Beweis der körperlichen Verletzung entkräften wollte, — wurde vom O. L. G. dem Klagbegehren sofort stattgegeben und dieses Erkenntniß vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen bestätigt: Das der Klage beigelegte strafgerichtliche Urtheil (welches nebst der strafrechtlichen Verurtheilung des B die Verweisung der Ersatzansprüche des A auf den Civilrechtsweg enthält) ist eine öffentliche Urkunde, die nach §. 111 a. G. O. den vollständigen, gerichtsordnungsmäßigen Beweis für alle thatsächlichen Umstände liefert, welche in demselben als erwiesen angenommen sind, und zwar so lange, bis das Urtheil durch ein neues strafgerichtliches Erkenntniß aufgehoben oder abgeändert wird. Der Ausspruch des O. L. G., daß die den Klaggrund bildende körperliche Verletzung des A durch B bereits bewiesen sei und daß dieser Beweis durch einen Gegenbeweis im Civilverfahren nicht entkräftet werden könne, ist daher gerechtfertigt und folglich auch gemäß §. 1325 a. b. G. B. die obergerichtliche Zuerkennung der Forderungen des Klägers rechtlich begründet.

Nr. 2720.

Versprechen einer jährlichen Mäklergebühr: Verjährungsfrist.

Entsch. v. 4. Jänner 1867, Nr. 11201 (Best. des Urth. des B. G. Brody v. 26. Dec. 1865, Nr. 538, Abänd. des Urth. des O. L. G. Lemberg v. 4. August 1866, Nr. 16985). G. H. 1867, S. 95.

In der am 3. Juli 1864 angestellten Klage des A gegen B pto. Zahlung von 4676 fl. wurde angeführt: Der Beklagte habe sich verpflichtet, dem Kläger, falls derselbe durch seine Verwendung die Ueber-

lassung der Spedition der vom Handlungshaus C aus Oberösterreich bezogenen Sensen an den Beklagten zu Stande brächte, dafür jährlich, so lange der Beklagte diese Spedition zu besorgen haben werde, 1000 fl. zu zahlen. Der Bemühung des Klägers sei es gelungen, dem Beklagten bei der Firma C die Spedition zu verschaffen, indem dieselbe im Jahre 1851 durch Contract die Verfrachtung dem B übertrug, der sie durch $6^1/_2$ Jahre bis März 1858 besorgte. Auf die versprochene Belohnung, welche zu 1000 fl. per Jahr berechnet, für den erwähnten Zeitraum sich auf 6500 fl. belief, habe B dem Kläger eine Anzahlung von nur 1824 fl. geleistet, weshalb um Verurtheilung des B zur Zahlung des Restes gebeten werde. Der Beklagte stellte vor Allem in Abrede, daß er dem Kläger für dessen Vermittlung den Lohn von 1000 fl. jährlich versprochen habe, worüber dieser ihm den Haupteid auftrug, und wendete, hievon abgesehen, gegen die Klage die Triennalverjährung nach §. 1480 a. b. G. B. ein, welche schon im März 1861 vollendet gewesen sei, weil die Spedition durch den Beklagten im März 1858 aufhörte und zur nämlichen Zeit nach §. 1156 a. b. G. B. der ganze Lohn zur Zahlung fällig war.

Gegen die Ansicht des O. L. G., welches die Verjährungseinrede ausschloß und auf den vorerwähnten Haupteid erkannte, wurde in erster und dritter Instanz die Klage unbedingt abgewiesen. Gründe der dritten Instanz: Wäre es auch richtig, daß B sich durch Vertrag verpflichtet hat, dem A für die Vermittlung und das Zustandebringen des zwischen B und der Firma C im Jahre 1851 abgemachten Speditionsgeschäftes einen Lohn jährlicher 1000 fl. so lange zu geben, als B dieses Speditionsgeschäft besorgen wird, so könnte der Letztere zur Zahlung des von A als Lohnsrückstand angesprochenen Betrages dennoch nicht verurtheilt werden, weil — nachdem die Dienstleistung des A mit dem Abschluß des Vertrages zwischen B und der Firma C über das Speditionsgeschäft ihr Ende erreicht hat und A während der Dauer der Besorgung der Speditionen durch den B demselben keine weiteren Dienste zu leisten hatte — die ihm für seine einmalige Mühewaltung von B auf eine unbestimmte Zeitdauer, so lange nämlich dieser das Speditionsgeschäft besorgen wird, versprochenen Remunerationen von 1000 fl. jährlich offenbar nicht als einzelne Raten einer Gesammtlohnsforderung, da eine solche in einem bestimmten Betrage gar nicht stipulirt worden ist, angesehen werden können, sondern ihrer Natur nach sich als durch Vertrag bedungene jährliche Renten darstellen, als solche aber zur Zeit der Klaganstellung nach §. 1480 a. b. G. B. durch Verjährung bereits erloschen waren, da die Spedition des B, nach der Anführung des Klägers selbst, im März 1858 aufgehört hat, mithin an demselben Tage die letzte Jahresrente von 1000 fl. fällig geworden war, der Kläger aber die Klage erst im Juli 1864, also lange nach Verstreichung des im citirten Paragraphe festgesetzten Verjährungstermines von 3 Jahren angebracht hat.

Nr. 2721.

Zuständigkeit zur Bewilligung des ersten Grades der auf eine Liegenschaft auf Grund eines Strafurtheils geführten Execution.

Entsch. v. 4. Jänner 1867, Nr. 11336 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Bilin v. 18. Juni 1866, Nr. 3900, und des O. L. G. Prag v. 24. Oct. 1866, Nr. 22107). G. H. 1867, S. 283.

Das von A beim B. G. Bilin, als Personalgericht des B, gegen denselben angebrachte Gesuch um executive Eintragung des Pfandrechtes an einem Grundstücke des Bezirkes Teplitz zur Sicherstellung der durch ein Strafurtheil dem A gegen B zuerkannten Schadenersatzforderung von 100 fl. wurde von beiden Untergerichten mit Berufung auf §. 49 J. N. lit C, wonach der Vollzug der begehrten Execution dem B. G. Teplitz als forum rei sitae zukomme, a limine abgewiesen.

In Erwägung, daß die dem A zuerkannte Entschädigung eine dem B persönlich obliegende Leistung, demnach die Bewilligung des 1. Executionsschrittes zur Hereinbringung dieser Forderung gemäß §. 69 1. alinea und §. 13 J. N. bei dem Gerichte des Wohnsitzes des Schuldners anzusuchen ist; daß die Bewilligung des 1. Executionsgrades von dem Vollzuge desselben und von den weiteren Executionsgraden nach dem citirten §. 69 2. und 3. alinea genau unterschieden werden muß, wenn es sich, wie hier, um die Ausführung eines Actes der Realgerichtsbarkeit handelt, wegen welcher der das Pfandrecht bewilligende Personalrichter des Schuldners nach §§. 9—11 J. N. sich an das zuständige Realgericht zu wenden hat, — wurde vom obersten Gerichtshofe mit Aufhebung der untergerichtlichen Entscheidungen dem B. G. Bilin aufgetragen, daß es als das zuständige Personalgericht des B das Gesuch des A meritorisch erledige.

Nr. 2722.

Besitzstörung durch Execution des in einem Besitzstörungsproceß vor Jahren erwirkten Erkenntnisses? — Berechnung der Frist zur Besitzstörungsklage im Falle wiederholter Störungen.

Entsch. v. 4. Jänner 1867, Nr. 11362 (Abänd. der gleichförmigen Erkenntnisse des B. G. Schluckenau v. 10. Sept. 1866, Nr. 2403, und des O. L. G. Prag v. 5. Nov. 1866, Nr. 34356). G. Z. 1867, Nr. 26.

Die A ist Pächterin eines Grundstückes, das der Gemeinde H gehört. Sie hatte in dieser Eigenschaft schon im Jahre 1864 an der Grenze des Grundstückes einen Zaun errichtet; B, welcher hiedurch

im Besitze einer Fußsteig-Servitut gestört ward, erwirkte gegen die A am 18. August 1864 ein Besitzstörungs-Erkenntniß. Hierauf fanden zwischen ihm und der Gemeinde, sowie der A Vergleichsverhandlungen statt und wie letztere behaupten und die unteren Instanzen annahmen, ward in Folge dessen mit seiner Zustimmung der Zaun so regulirt, daß ein Fußsteig offen blieb. Trotzdem erwirkte er auf Grund jenes Erkenntnisses von 1864 am 5. Mai 1866 einen Executionsbescheid, kraft dessen er vor dem 9. Mai 1866 den Zaun wegräumte. Als der Zaun wieder errichtet ward, erwirkte B einen neuen Executionsbescheid ddo. 5. Juni 1866, schritt aber erst den 14. Juli 1866 zur Wegräumung. Dagegen brachten nun A und die Gemeinde am 17. Juli 1866 die Besitzstörungsklage ein, welcher die beiden unteren Instanzen stattgaben, weil sie annahmen, daß die Kläger durch die letzte Errichtung des Zaunes „neuerlich in den factischen Besitz desselben und der eingefriedeten Grundparcelle gelangt und, da die Störung in diesem Besitze erst am 14. Juli erfolgte, die Klage auch rechtzeitig eingebracht worden sei“.

Der oberste Gerichtshof wies die Klage ab und bemerkte darüber: „Es wird von den Klägern zugestanden, daß der Beklagte den Zaun bereits vor dem 9. Mai 1866 wegräumte und ihn, nachdem die A ihn wieder errichtet, abermals zerstörte; sie befinden sich somit bereits seit dem 9. Mai 1866 nicht mehr im ruhigen factischen Besitze dieses Zaunes und es ist daher die erst am 17. Juli 1866 überreichte Besitzstörungsklage nach §. 2 der k. Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Z. 12, offenbar verspätet. Aber auch abgesehen von diesem Formalgebrechen, ist erwiesen, daß der Geklagte die Wegräumung des Zaunes nicht eigenmächtig, sondern zufolge der ihm mit den gerichtlichen Executionsbescheiden ertheilten Bewilligung vorgenommen hat. Nachdem nun der §. 339 a. b. G. B. nur die eigenmächtige Störung des Besitzes untersagt und die k. Verordnung vom 27. October 1849, Z. 12, nur zum Zwecke hat, gegen eine solche eigenmächtige Störung die richterliche Hilfe zu leisten, so ist vorliegende Besitzstörungsklage offenbar ungegründet. Es ist vielmehr den Klägern obgelegen, wenn sie behaupten zu können glauben, daß das Executionsrecht des B durch einen dem Erkenntnisse v. J. 1864 nachgefolgten Vergleich erloschen sei, sich nach Vorschrift des Hofdecretes vom 22. Juni 1836, J. G. S. Z. 145, zu benehmen.“

Nr. 2723.

Beweiskraft des Taufscheines hinsichtlich der Anerkennung der außerehelichen Vaterschaft.

Entsch. v. 9. Jänner 1867, Nr. 11536 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Marburg v. 29. Jänner 1866, Nr. 15051, und des O. L. G. Graz v. 22. August 1867, Nr. 8875). G. Z. 1868, Nr. 79.

Maria A klagte auf Anerkennung ihres gesetzlichen Erbrechtes nach M, weil der Erblasser ihr unehelicher Vater gewesen und sie per subsequens matrimonium desselben mit ihrer Mutter N als eheliches Kind legitimirt worden sei. Die erste Instanz erkannte nach dem Klagbegehren. In den Gründen wird gesagt, daß es sich hier um den Beweis der Vaterschaft nicht nach dem §. 163, sondern nach dem §. 164 a. b. G. B. handelt; daß in Gemäßheit der §§. 111 und 112 a. G. O. durch den Taufschein als erwiesen zu halten sei, daß der Erblasser in Folge seiner vor dem mit der Führung des Geburtsbuches betrauten Seelsorger in Gegenwart zweier Zeugen abgegebenen Erklärung als Vater der unehelich geborenen Klägerin eingeschrieben worden sei; und daß angenommen werden müsse, diese Einschreibung sei nicht blos in Folge Angabe der Mutter des Klägers erfolgt, weil sie sonst durch den Matrikelführer gar nicht hätte zugelassen werden dürfen, ein gesetzwidriges Vorgehen des letzteren aber nicht vorausgesetzt werden kann, sondern durch die Beklagten hätte nachgewiesen werden müssen. Auch sei die Einwilligung des unehelichen Vaters zu dieser Eintragung nach Vorschrift der Hofkanzleidecrete vom 21. October 1813 (Pol. G. S. Franz I. 41. Bd. Nr. 49), und vom 27. Juni 1835 (Pol. G. S. Ferd. I. 63. Bd. Nr. 97, J. G. S. Nr. 44), durch welches letztere der Bestimmung des §. 164 a. b. G. B. derogirt wurde, dargethan und durch den Trauungsschein die Verehelichung des M mit der N erwiesen. Das O. L. G. bestätigte das erstgerichtliche Erkenntniß.

Der oberste Gerichtshof verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde der Beklagten, und zwar in der Erwägung, daß der Taufschein als eine öffentliche Urkunde vollen Glauben verdient und somit als bewiesen erscheint, daß M sich in Gegenwart zweier Zeugen als Vater der von N am 14. April 1824 unehelich geborenen Maria A, der heutigen Klägerin, erklärte; daß dies im Taufbuche nach Vorschrift des Hofkanzleidecretes vom 21. October 1813 und 27. Juni 1835 eingetragen wurde; daß dadurch der Anordnung des §. 164 a. b. G. B. entsprochen wurde, und, da zwischen dem unehelichen Erzeuger und der unehelichen Mutter am 15. Februar 1833 die Ehe zu Stande kam, nach §. 161 a. b. G. B. die gedachte Maria A als ehelich erzeugt zu gelten hat; und daß die gegen die Giltigkeit des Taufscheines erhobenen Einwendungen nicht berücksichtigt werden können, weil nicht im Wege der Einwendungen die angebliche Ordnungs-

widrigkeit zur Geltung zu bringen ist, zumal es sich um ein Taufbuch handelt, wobei zunächst den administrativen Behörden ein bindender Ausspruch zusteht.

Nr. 2724.

Girirung eines exequirbaren Wechsels an den Aussteller: Geltendmachung von Einreden gegen den Giratar im Oppositions-Proceß.

Entsch. v. 15. Jänner 1867, Nr. 11478 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 24. April 1866, Nr. 38907, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 18. Februar 1866, Nr. 14972). G. Z. 1867, Nr. 25.

Auf Grund eines von B an eigene Ordre ausgestellten, von A acceptirten Wechsels war dieser auf Klage des Giratars C rechtskräftig zur Zahlung verurtheilt worden. Darauf girirte C seine Forderung wieder an B, welcher Execution führte; gegen diesen brachte nun A die Oppositionsklage ein, worin er geltend machte, daß er den Wechsel nur aus Gefälligkeit für B, ohne Valuta, acceptirt habe, demnach B zur Einlösung desselben ohne Regreß gegen ihn verpflichtet war. B entgegnete, daß die nun angeführte und von ihm geleugnete Thatsache der Zahlungsauflage vorhergegangen, nicht ihr nachgefolgt, also nicht zur Begründung der Oppositionsklage geeignet sei. Die erste Instanz wies den Kläger hauptsächlich aus dem eben angeführten Grunde ab.

Die zweite und dritte Instanz aber machten die Entscheidung vom Haupteide darüber abhängig, daß A dem B das Accept nur zu dem Ende, damit dieser sich Geld darauf verschaffe, und gegen die Zusage übergeben habe, daß B für dessen Einlösung sorgen werde. Die Gründe gingen im Wesentlichen dahin: Dem Zahlungsauftrage ist die Thatsache nachgefolgt, daß Derjenige, zu dessen Gunsten er erfloß (C), zurückgetreten ist, und anstatt desselben ein Dritter, B, die Wechselforderung geltend macht. Demnach kann A jene Einwendungen, die ihm unmittelbar gegen B zustehen, diesem entgegensetzen. Denn ein Erkenntniß — der Zahlungsauftrag — formalisirt das Recht nur zwischen den Parteien, in deren Sache es erging. Es ist daher die Abtretung eines formalisirten Rechtes auf keinen Fall mit der Wirkung statthaft, daß der Schuldner von der Einwendung, die er gegen den neuen Gläubiger (Executionsführer) hat, ausgeschlossen sei. Die gegentheilige Ansicht würde dahin führen, daß B eine Forderung erworben hätte, die gegen jede noch so triftige Einwendung, die dem A zustünde, geschützt wäre, die er aber früher nicht anbringen konnte; daß also durch eine einseitige Handlung des C und B, welch' letzterer überdies, wenn die Einwendung des A gegründet ist, in bösem Glauben

wäre, diesem jede Vertheidigung abgeschnitten würde. Zudem ist der Uebergang der Rechte des C an B durch Giro, also in wechselrechtlicher Form, erfolgt, und B hat diese so überkommenen Executionsrechte gegen A mit aller Strenge des Wechselverfahrens geltend gemacht.

Nr. 2725.

Executive Feilbietung von Liegenschaften, auf welchen eine fideicommissarische Substitution haftet: Entbehrlichkeit der Verständigung der Substituten. Unzulässigkeit der Ergreifung von Rechtsmitteln durch einen der Substituten im Interesse der anderen.

Entsch. v. 16. Jänner 1867, Nr. 11584 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 18. Oct. 1866, Nr. 63666, aufhebenden Decr. des O. L. G. Wien v. 13. Nov. 1866, Nr. 20588). G. H. 1868, S. 199.

Bei der im Grundbuche dem B zugeschriebenen Realität ist die fideicommissarische Substitution des C für die eine Hälfte, des D und E für die andere Hälfte und die Substitution der Kinder des D und E für die Hälfte der letzteren grundbücherlich ausgezeichnet. Auf Einschreiten des A gegen B wurde die executive Feilbietung der Liegenschaft bewilligt, jedoch die Ausschreibung der drei Termine einigen der Substituten des D nicht zugestellt. Aus diesem Grunde überreichte F, einer von den verständigten Substituten des D, beim Executionsgerichte das Gesuch, daß es nach Hofdecret vom 31. August 1792, J. G. S. Nr. 43, von der Versteigerung sein Abkommen erhalte, wogegen der Executionsführer A den Antrag stellte, daß die nicht verständigten Substituten von dem (noch ausstehenden) 3. Feilbietungstermine in Kenntniß gesetzt und in dem besagten Termine die Versteigerung abgehalten werde. Das Gericht erster Instanz ging auf diesen Antrag nicht ein, sondern entschied, daß es von der Feilbietung abzukommen habe. Auf den Recurs des A wurde vom O. L. G. die Ausschreibung eines neuen Termines zur 3. Feilbietung in der Erwägung angeordnet, daß die Kinder des D weder Gläubiger der Liegenschaft noch überhaupt bei Lebzeiten des in der Substitution ihnen vorangehenden D dermalen bei der Realität interessirt sind, folglich die Verständigung derselben von der Feilbietungsausschreibung gar nicht geboten war.

Den von F ergriffenen Revisionsrecurs hat der oberste Gerichtshof mit Bezugnahme auf die obergerichtlichen Motive und in der weiteren Erwägung abgewiesen, daß der Recurrent zur Vertretung der anderen Substituten des D gar nicht berufen ist.

Nr. 2726.

Schulderlag behufs Sistirung der Execution unter Vorbehalt.

Entsch. v. 29. Jänner 1867, Nr. 490 (Best. des das Decr. des L. G. Linz v. 8. Nov. 1866, Nr. 10803, aufhebenden Decr. des O. L. G. Wien v. 11. Dec. 1866, Nr. 22343). G. H. 1867, S. 192.

Nachdem dem A durch Urtheil die gegen B eingeklagte Wechselforderung unter der Bedingung eines von dem Vertretungsleister des Klägers abzuschwörenden Eides zuerkannt, der Eid abgelegt und darauf von A gegen den Schuldner die Mobiliarexecution bis zu der Bewilligung der Feilbietung geführt worden war, deponirte B, um die Vornahme der Versteigerung hintanzuhalten, bei Gericht den Betrag des Wechsels und der Nebengebühren mit dem Vorbehalte, daß das Depositum erst nach Schluß des von ihm gegen den Vertretungsleister des Klägers wegen Betruges durch Ablegung eines falschen Eides anhängig gemachten Strafprocesses, je nach dem Ausgange desselben, dem A auszufolgen sei, und bat um einstweilige Sistirung der Feilbietung, welche von der ersten Instanz unter Verständigung beider Theile bewilligt wurde. Nun begehrte A die Ausfolgung des Depositums, wurde aber vom Gerichte erster Instanz mit Hinweisung auf den erwähnten Vorbehalt des B abgewiesen. Auf seinen Recurs hat das O. L. G. diesen Bescheid aufgehoben und der ersten Instanz die Erledigung des Gesuches des A mit Abstandnahme von dem besagten Abweisungsgrunde aufgetragen, weil die vom Executen B bei Gericht deponirte Baarschaft sich als ein Vermögen desselben darstellt, auf welches des Executionsführer greifen darf, ohne daß ein Vorbehalt des Schuldners seine Execution hemmt; und weil das Anbringen des Executen, daß er wegen eines in der bürgerlichen Rechtssache an ihm verübten Betruges die Anzeige bei dem Strafgerichte gemacht habe, die Sistirung der Durchführung der Execution auf die deponirte Baarschaft umsoweniger zu rechtfertigen vermag, als auf jenes Anbringen des Executen beim Mangel der Bedingungen des Hofdecretes vom 6. März 1821, J. G. S. Nr. 1743, nicht einmal die Sistirung der civilrechtlichen Verhandlung der Streitsache hätte erfolgen können und ein Verbot nach §. 283 a. G. O. vom Executen nicht erwirkt worden ist.

In Erwägung, daß durch den voraufgegangenen Bescheid der ersten Instanz lediglich beide Parteien von der bis auf Weiteres erfolgten Sistirung der executiven Mobilienfeilbietung verständigt, keineswegs aber die Suspension aller ferneren Executivschritte im Sinne des Hofdecretes vom 6. März 1821, Nr. 1743, wegen einer strafgerichtlichen Anzeige des Executen ausgesprochen wurde; daß zur Anordnung einer solchen Suspension auch nicht die gesetzlichen Bedingungen dargethan worden sind, und mit Bezugnahme auf die übrigen Gründe des O. L. G. hat der oberste Gerichtshof die Verordnung desselben bestätigt.

Nr. 2727.

Bestreitung der ehelichen Geburt auf Grund der Reife des Kindes: Kunstbefund darüber auf Grund der unbeschworenen Aussage der Hebamme.

Entsch. v. 31. Jänner 1867, Nr. 98 (Best. des Urth. des B. G. Mistelbach v. 24. Oct. 1865, Nr. 3811, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 11. Juli 1866, Nr. 10226). G. Z. 1868, Nr. 69.

Die eheliche Geburt eines Kindes wurde mittelst Klage von dem Ehegatten der Mutter aus dem Grunde bestritten, weil die Trauung am 27. Jänner 1863, die erste Beiwohnung am 3. Februar 1863 und die Geburt des Kindes schon am 9. October 1863 stattgefunden habe und weil die am 11. Februar 1864 vernommenen Kunstverständigen unter Bezugnahme auf die Aussage der bei der Geburt anwesenden Hebamme ihr Gutachten dahin abgegeben hatten, das Kind sei ein vollkommen ausgetragenes und habe wenigstens 270 bis 280 Tage im Mutterleibe sein müssen, so daß es bestimmt vor dem 27. Jänner 1863 erzeugt wurde. Die Mutter des Kindes gestand selbst den vor dem 27. Jänner 1863 stattgefundenen Beischlaf mit einem Dritten, welcher geichfalls geständig war. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf Abweisung des Klägers. Das O. L. G. entschied aus folgenden Gründen nach dem Klagbegehren: Es ist zu untersuchen, ob der Kläger durch den vorgelegten Kunstbefund die Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung erhärtet hat. Das Kind ist am 9. October 1863 geboren. Am 27. Jänner 1863 hat Kläger mit seiner Gattin sich verehelicht. Einen früheren vom Kläger mit derselben gepflogenen Beischlaf hat, wie schon erwähnt, der Geklagte gegen den Widerspruch des Klägers nicht dargethan. Vom Tage der Verehelichung, rücksichtlich der Zeugung bis zum Tage der Geburt waren daher 254 Tage verstrichen. Nun haben die Kunstverständigen erklärt, daß das Kind zur Zeit seiner Geburt ein vollkommen reifes war, daß dasselbe von der Mutter durch die volle Schwangerschaft getragen wurde und die Dauer der regelmäßigen Schwangerschaft 280 oder doch 270 Tage beträgt, sowie endlich, daß ein nur 8 Monate. 8 Tage, d. i. 248 (rücksichtlich 251—252) Tage altes Kind als nicht vollkommen reif zu bezeichnen ist. Hieraus läßt sich nun mit Bestimmtheit folgern, daß dieses Kind nicht vom Kläger herrühren könne, da von seiner erst am Tage der Verehelichung stattgehabten Beiwohnung bis zur Geburt des Kindes nur 254 Tage verlaufen sind, welche Annahme dann um so gegründeter erscheinen würde, wenn Kläger, wie er zu beweisen sich erboten hat, wirklich erst am 3. Februar 1863 der Gattin das erste Mal beigewohnt hätte. Dieses sachkundige Gutachten läßt sich nicht durch die Hinweisung darauf, daß der Kunstbefund erst am 11. Februar 1864 vorgenommen wurde, während die Geburt des Kindes schon am 9. October 1863 erfolgte, und daß das-

selbe sich auf Angaben der Hebamme bezieht, entkräften, da es eben nur Sache der Sachkundigen ist, die zur Abgabe des Gutachtens erforderlichen thatsächlichen Erfahrungen zu sammeln, zu würdigen und darauf bei dem Gutachten Rücksicht zu nehmen, ohne daß deshalb das Gutachten selbst, wenn es nur sonst den gesetzlichen Anforderungen entspricht, an Glaubwürdigkeit verliert, und gilt dies hier umsomehr, als processualisch die Thatsache, welche die Hebamme den Sachverständigen bestätigt haben soll, als unwahr keineswegs dargethan ward. Das Gutachten war daher aus diesem Grunde nicht unbestimmt oder unsicher; der Geklagte hätte beim Kunstbefunde selbst Gelegenheit gefunden, den Gegenstand durch entsprechende Fragestellung aufklären zu lassen. Dieser Befund macht daher nach §. 200 a. G. O. einen vollständigen Beweis. Die in dem Hofdecrete vom 21. September 1822, J. G. S. Nr. 1895, enthaltene Verfügung bezieht sich aber gleichfalls nur auf Herstellung des Beweises durch die medicinische Facultät oder Professoren der Heilkunde als Sachverständige und lautet allgemein, da es sowohl für Civil- als Strafsachen ergangen ist. Dadurch aber wurde das Hofdecret vom 27. Februar 1784, J. G. S. Nr. 249, welches eine Ueberschau für unzulässig erklärt, keineswegs aufgehoben oder modificirt. Der vom Geklagten beantragte Beweis durch die medicinische Facultät aber wäre seinem Wesen nach nichts als eine Ueberschau, wodurch das vorliegende Gutachten als irrig und unrichtig sich herausstellen soll, was demnach unstatthaft erscheint. Es mußte daher dem Klagbegehren stattgegeben werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Der wesentlichste Umstand, worauf der Kläger die von ihm zu beweisende Unmöglichkeit der Zeugung stützte, ist die von ihm behauptete und durch den Kunstbefund erhärtete vollkommene Reife des Kindes zur Zeit der Geburt. Allein wenn erwogen wird, daß der Befund erst vier Monate nach der Geburt aufgenommen wurde, während welcher Frist naturgemäß große Veränderungen an einem Neugeborenen vorgehen und die Kennzeichen einer etwaigen Frühgeburt oder der Reife ganz vertilgt oder wesentlich verändert werden; daß das Gutachten der Experten sich ausdrücklich nur auf die Angaben der — allein bei der Entbindung gegenwärtigen — Hebamme stützt, daß die Beschaffenheit des Kindes jene eines ausgetragenen war; daß die Aussage einer einzigen Person nicht beweismachend ist, hier aber dieselbe auch nicht in den Acten liegt, nicht beeidet ist und die Hebamme bei der Aufnahme des Kunstbefundes auch nicht gegenwärtig war: so kann durch die Expertise der Beweis, daß das Kind vor dem 27. Jänner erzeugt worden und somit der Kläger dessen Vater nicht sei, nicht als erbracht angesehen werden.

Nr. 2728.

Anzahlung oder Angeld?

Entsch. v. 31. Jänner 1867, Nr. 777 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 25. Sept. 1866, Nr. 96831, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 12. Dec. 1866, Nr. 19915). G. H. 1867, S. 347.

Der Zahlungsauftrag, welchen A, Aussteller eines von B und C am 26. August 1865 acceptirten Wechsels per 350 fl. erwirkt hatte, wurde auf die Einwendungen der Beklagten in erster Instanz aufgehoben, in zweiter Instanz aufrecht erhalten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung des O. L. G. in der Erwägung, daß der Klagwechsel unbestritten sich auf die 350 fl. bezieht, welche in dem Vertrage vom 26. August 1865 erwähnt sind, womit B seine Fabrik dem A verkauft hat; daß diese von A dem B damals gezahlten 350 fl., sowohl im besagten Vertrage wie auch in einem Briefe des B an A von demselben Tage als eine a conto-Zahlung bezeichnet sind und demnach nur als eine von ihm geleistete Theilzahlung des Kaufpreises der Fabrik — nicht, wie die Beklagten behaupten, als ein von A entrichtetes Angeld — betrachtet werden können; daß der Verkauf der Fabrik unbestrittenermaßen rückgängig geworden und damit der rechtliche Grund zur Zahlung eines Theiles des Kaufschillings hinweggefallen ist; daß, selbst wenn die von A dem B gezahlten 350 fl. ein Angeld wären, die Zurückbehaltung derselben von B (welcher das Recht hiezu eben in Anspruch nimmt und im Vereine mit dem mitbeklagten C deshalb den rechtlichen Bestand der eingeklagten Wechselforderung bestreitet) dennoch gesetzlich ungegründet wäre, weil der Kaufvertrag mit Zustimmung beider Contrahenten aufgelöst wurde, mithin die Frage, wer daran Schuld trage, worauf es bei der Zuerkennung des Angeldes nach §. 908 a. b. G. B. ankommt, hier unentscheidend ist; daß folglich das Erkenntniß des O. L. G. der Sachlage und dem Gesetze entspricht.

Nr. 2729.

Beweiskraft des auf Grund einer Anordnung der Verwaltungsbehörde in das Geburtsbuch aufgenommenen Vermerkes der legitimatio per subsequens matrimonium.

Entsch. v. 5. Februar 1867, Nr. 11432 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des L. G. Graz v. 6. Mai 1866, Nr. 2836, und des O. L. G. Graz v. 22. August 1866, Nr. 8228). G. Z. 1867, Nr. 25. G. H. 1867, S. 370.

A stützt seine Klage auf Anerkennung seines gesetzlichen Erbrechtes nach M auf eine Verfügung der Statthalterei, womit verordnet wurde, es sei im Taufbuche anzumerken, daß A durch nachgefolgte Ehe

seiner Mutter L mit M legitimirt sei, beziehungsweise auf die entsprechende Ausfertigung des Auszuges aus dem Taufbuche. — Die beiden unteren Instanzen erklärten diesen Nachweis für ungenügend. Die erste Instanz bemerkte darüber: Der Erlaß der politischen Behörde trifft keine für die Privatrechte der Parteien maßgebende Entscheidung; eine solche kann nur durch die zuständigen Gerichte erfolgen. Es mag dahingestellt bleiben, ob die durch die politischen Behörden verfügte Eintragung des Namens des Vaters eines unehelich geborenen Kindes in das Taufbuch den bestehenden Gesetzen entspreche, welche diese Eintragung immer von der ausdrücklichen Einwilligung des Vaters (§. 164 a. b. G. B.) abhängig machen (Pat. vom 16. October 1787, J. G. S. Nr. 733; Hofdecret v. 20. Februar 1784, Pol. G. S. Josef II., 4. Bd. Nr. 113; Hfkzd. v. 21. October 1813, Pol. G. S. Franz I., 41. Bd. Nr. 49; vom 19. Februar 1820, Nr. 1650; Hfkzd. v. 27. Juni 1835, Nr. 44 der J. G. S.); es mag dahingestellt bleiben, ob die politische Behörde berechtigt sei, eine Legitimation durch nachgefolgte Ehe auch dann auszusprechen, wenn das Taufbuch den Namen des Vaters des unehelich geborenen Kindes nicht enthält, und wenn daher diese Legitimation nicht ohneweiters aus der Vergleichung der Daten des Tauf- und Traubuches entnommen werden kann (Hfkzd. v. 27. April 1820, Nr. 11776); gewiß ist, daß durch derlei Verfügungen der politischen Behörden, welche blos in dem Aufsichtsrechte derselben über die Führung der Tauf- und Trauungsmatrikel ihre Begründung und Begrenzung finden, der richterlichen Beurtheilung und Entscheidung über die einschlägigen Privatrechtsverhältnisse nicht vorgegriffen werden kann. Es mögen die Erhebungen, auf welche sich in dem Statthalterei-Erlasse bezogen wird, von was immer für einer Art gewesen sein, so war doch nicht die politische Behörde, sondern nur der competente Richter dazu berufen, über die Frage, ob M als Vater des Kindes der L rechtlich anzusehen sei, rechtsgiltig zu entscheiden. Bei der entgegengesetzten Auffassung würden nicht die gesetzlichen Beweisregeln der a. G. O., sondern das Beneplacitum einer an keine strenge Beweisnorm gebundenen Behörde in einer privatrechtlichen Präjudicialfrage maßgebend erscheinen. Der Taufschein kann daher als Beweismittel in dem gegenwärtigen Rechtsstreite für die Vaterschaft des M nicht benützt werden.

Der oberste Gerichtshof hat beide Urtheile abgeändert und dem Begehren des Klägers stattgegeben, mit nachstehender Begründung: Das Geburtszeugniß erscheint im Sinne des letzten Absatzes des Hfkzd. v. 27. April 1820, Nr. 11776, und 12. August 1830, Nr. 18471, formell ganz correct, und ergänzt durch die beigebrachte, von der Statthalterei im Einvernehmen mit dem Ordinariate, also von den vermöge der bestehenden Vorschriften zur Richtigstellung der Pfarrbücher competenten Behörden, erlassene Verordnung als eine öffentliche beweiskräftige Urkunde über die Thatsache, daß gemäß gepflogener amtlicher

Erhebungen außer Zweifel gestellt wurde, daß das fragliche Kind von M als das eigene anerkannt und sofort durch die Trauung desselben mit der Mutter legitimirt worden war. Solche Urkunden können durch den bloßen Widerspruch eines Dritten nicht entkräftet werden, und wer sie im Rechtswege bestreiten will, muß sich auf gründliche Gegenbeweise stützen, was die Geklagte nicht that.

Nr. 2730.

Unmittelbare Haftung des Advocaten für die Gebühren für die Einschaltung der in Sachen seines Clienten erlassenen Edicte.

Entsch. v. 5. Februar 1867, Nr. 602 (Best. der Decr. des L. G. Krakau v. 28. Mai 1866, Nr. 9402, und des O. L. G. Krakau v. 30. Oct. 1866, Nr. 10126). G. Z. 1867, Nr. 27. G. H. 1867, S. 129.

Gegen den Advocaten Dr. A wurde die taxweise Eintreibung von ausständigen Insertionsgebühren für in Rechtsstreiten mehrerer seiner Clienten erlassene Edicte, deren Zahlung ihm bereits vor mehreren Jahren rechtskräftig aufgetragen worden ist, angeordnet, weil der Advocat für die im Rechtsstreite seines Clienten aufgelaufenen Insertionskosten gegen Vorbehalt des Regresses an den Mandanten zu haften habe, und weil, nachdem die Edictskosten meist schon bei der Klage erwachsen sind, nicht anzunehmen ist, daß derselbe bei Uebernahme der Angelegenheit und beim Empfang des Vorschusses nicht darauf Rücksicht genommen haben solle, sowie es auch zweifelhaft bleibt, ob er nicht bei der Schlußrechnung diese Kosten einbezogen habe. — Den hiegegen eingebrachten Recurs erledigte das O. L. G. aus dem Grunde abweislich, weil kein gesetzlicher Grund vorhanden ist, bezüglich der in einem Rechtsstreite aufgelaufenen Gebühren gegen die Partei, welche ihren Vertreter bei Gericht bestellt hat, unmittelbar mit Execution aufzutreten.

Auf a. o. Revisionsrecurs des Dr. A fand der oberste Gerichtshof den Recurrenten auf die berufenen untergerichtlichen Entscheidungen und deren Begründung zu verweisen.

Nr. 2731.

Hemmung der Execution wegen Einleitung der Disciplinaruntersuchung über die Intervention eines Notars bei dem der Klage zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte.[1]

Entsch. v. 5. Februar 1867, Nr. 826 (Best. des das Decr. des B. G. Sambor v. 28. Oct. 1865, Nr. 5797, aufhebenden Decretes des O. L. G. Lemberg v. 22. Oct. 1866, Nr. 33194). Zeitschr. f. d. österr. Notariat 1867, Nr. 26.

Nr. 2732.

Einseitige Aenderung der urtheilsmäßigen Eidesformel.

Entsch. v. 6. Februar 1867, Nr. 452 (Best. des Urth. des L. G. Wien v. 13. April 1866, Nr. 81717, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 7. Nov. 1866, Nr. 17428). G. Z. 1868, Nr. 70.

Nach dem Urtheil hatte der Geklagte B den ihm aufgetragenen Haupteid zu schwören, daß ihm der Kläger A gewisse Waaren per 310 fl. 93 kr. nicht retournirt habe. Bei der Eidesablegung fügte der Delat der Eidesformel noch die Worte hinzu: „daß ich wenigstens diese Waaren vom Gegner nicht zurückerhalten habe“. Wegen dieses Beisatzes wurde vom Gericht erster Instanz der Eid als nicht abgelegt erklärt. Das O. L. G. fällte die entgegengesetzte Entscheidung aus den nachstehenden Gründen: B hatte den ihm aufgetragenen referiblen Haupteid dahin abzulegen, daß seines Wissens und Erinnerns ihm der Gegner die in dem Conto der Klage angesetzten Waaren per 310 fl. 93 kr. nicht retournirt habe. Diesen Eid hat B auch wirklich in Preußen abgelegt. Der von ihm gemachte Nachsatz: „daß ich wenigstens diese Waaren vom Gegner nicht zurückerhalten habe“, ist bei Beurtheilung der Frage, ob der Eid abgelegt wurde, nicht zu berücksichtigen, weil er nicht zur Eidesformel gehört und ein willkürlicher Zusatz zu derselben das bereits Beschworene nicht zu ändern oder aufzuheben vermag. Sollte aus einem derlei Nachsatze zu entnehmen sein, daß ein falscher Eid abgelegt wurde, so müßte die bezügliche Beurtheilung dem Strafrichter überlassen werden; dem Civilrichter hingegen steht es nicht zu, die rechtlichen Folgen eines wirklich abgelegten Eides blos deshalb, weil der Schwörende bei der Eidesablegung Worte, die in der Eidesformel nicht enthalten waren, dieser Formel noch angefügt und ebenfalls beschworen hat, für aufgehoben zu erklären.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil. Gründe: Die Frage, ob der entscheidende Haupteid als von dem Geklagten abgelegt zu betrachten sei, wurde von der ersten Instanz mit Recht verneint, weil der Geklagte durch den zum Eidessatze, daß ihm der Kläger die Waaren per 310 fl. 93 kr. nicht retournirt habe, gemachten Beisatz, daß er wenigstens diese Waare nicht zurückerhalten habe, deutlich zu erkennen gegeben hat, daß er geradezu und ohne Einschränkung den Eid, wie er im Urtheile formulirt ist, abzulegen sich nicht getraute. Nicht blos läßt das Wort „wenigstens“ schon eine Einschränkung erkennen, sondern es liegt auch am Tage, daß der Geklagte durch jenen Zusatz die Möglichkeit einer stattgefundenen Retournirung anerkannte, indem er seinen Widerspruch ausdrücklich auf die Thatsache, ob er die Waaren erhalten habe, beschränkte. Sowie der Geklagte in dem vorausgegangenen Processe die vom Kläger behauptete Retournirung widersprach, ohne beizufügen, daß er sie blos deshalb widerspreche, weil er die Waare nicht erhalten habe, so mußte

er nun auch die Folge seines unbeschränkten Widerspruches sich gefallen lassen und den ihm über die widersprochene Retournirung aufgetragenen Haupteid ohne weitere Umschreibung ablegen. Dies hat er aber nicht gethan, sondern den Eid mit einer Beschränkung abgelegt, vermöge welcher eine wirklich stattgefundene Retournirung gar nicht ausgeschlossen erscheint, und der Geklagte allenfalls schon darum, weil er etwa die Annahme der retournirten Waaren verweigerte, zur Ablegung sich berechtigt halten konnte. Es war demnach das erstgerichtliche Urtheil zu bestätigen.

Nr. 2733.

Anerkennungsvertrag.

Entsch. v. 6. Februar 1867, Nr. 798 (Best. der Urth. des K. G. Rovigno v. 9. Juni 1866, Nr. 1398, und des O. L. G. Triest v. 10. Oct. 1866, Nr. 4347). Gazz. d. Trib. 1867, Nr. 11. G. Z. 1871, Nr. 21.

Die Klage der Verwaltung der Kirche A wider die Concursmasse des B pto. Liquidhaltung von 2043 fl. gründete sich auf die von B ausgestellte Urkunde vom 20. Juni 1861, des Inhalts, daß die Mutter des B 2043 fl., womit ein Grundzins der Kirche abgelöst worden war, von derselben als Darlehen erhalten habe und B, als ihr Erbe, sich als Schuldner dieses Betrages bekennt und dessen Zahlung verspricht. Der Vertreter der Concursmasse leugnete die Hingabe des Darlehens an die M und bestritt die rechtliche Wirksamkeit der in der Urkunde enthaltenen Schuldanerkennung des B, welche derselbe nur als Erbe der M ohne causa debendi der Letztern und in der irrigen Meinung ausgestellt habe, daß die M in der That das angebliche Darlehen schulde. Darauf replicirte die Klägerin, daß B selbst — in seiner beklagterseits nicht bestrittenen Eigenschaft als Kämmerer des Kirchenvermögens — das von der Ablösung des Grundzinsrechtes der Kirche herrührende Geld in Empfang genommen und für sich verwendet und deshalb die producirte Schuldurkunde ausgestellt habe, und trug zum Beweis darüber den Haupteid auf. Der Concursmassevertreter stellte diese neuen Anführungen in Abrede, verwahrte sich gegen die hiermit versuchte Begründung der Klage durch ein anderes Fundament und trug zum Beweis der von ihm bereits vorgebrachten exceptio non numeratæ pecuniæ der Klägerin den Haupteid auf.

Beide Untergerichte haben dem Klagbegehren unbedingt stattgegeben — das O. L. G. mit folgender Begründung: Die von der Klägerin producirte Urkunde ist mit allen gesetzlichen Erfordernissen für die Giltigkeit derselben versehen und enthält auch die causa debendi, welche darin besteht, daß die Kirche das Geld durch ihre Ver-

waltung bei der M angelegt und daß B die hier mitentstandene Schuld seiner Mutter als ihr Erbe anerkannt hat. Jedenfalls ergibt die Urkunde, daß B für die darin bezeichnete Geldsumme sich als den Schuldner der Kirche bekennen wollte und mit dem Versprechen der Verzinsung und Zurückzahlung des Capitals als Schuldner sich bekannte: und da B zur Zeit der Ausstellung des Documents bereits sui juris war, so ist und bleibt seine Erklärung rechtsverbindlich, gleichviel ob die Schuld damals nicht liquid und bestreitbar gewesen ist, ob in der That seine Mutter das von ihm eingehobene Geld als Darlehen der Kirche (durch ihn) empfangen, oder ob er es für sich selbst verwendet hat. Durch die vollbeweisende Urkunde ist die Schuldanerkennung des B und dessen Schuldübernahme festgestellt und dies genügt zur Vertheilung des Uebernehmers resp. seiner Concursmasse. Die vorgebrachte exceptio non numeratæ pecuniæ ist unzulässig, weil in der Urkunde nicht angeführt ist, daß zur Zeit ihrer Errichtung das Geld zugezählt wurde. B als Schuldübernehmer könnte nur in dem Falle von der Zahlung freigesprochen werden, wenn beklagterseits der Beweis erbracht worden wäre, daß B, als er die Urkunde ausstellte, sich in einem Irrthum befand und getäuscht wurde; allein darauf lautet nicht der beklagterseits aufgetragene Haupteid, welcher somit unentscheidend ist, so wie der von der Klägerin aufgetragene Haupteid unnöthig war, da ihr die vollbeweisende Urkunde zur Seite steht, folglich ein weiterer Beweis nicht oblag.

Der oberste Gerichtshof verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde des Concursmassevertreters. Gründe: Es ist unbestritten, daß das in der Urkunde bezeichnete Grundzinsrecht der Kirche A abgelöst worden ist und daß die Kirche die Ablösungssumme nicht besitzt, ferners daß B der Kämmerer des Kirchenvermögens war und ihm als solchem die Ablösung und die Zahlung des Lösegelds nicht unbekannt sein konnte. Wenn daher der Pfarrer der Kirche, nachdem er in den über die Verwaltung des Kirchenvermögens geführten Büchern den Nichteingang dieses Geldes festgestellt hatte, dafür von B sich dessen Schuldbekenntniß in der vorerwähnten Urkunde ausstellen ließ, so war dieses Bekenntniß rechtswirksam, was immer für eine causa debendi darin angegeben wurde. Der Pfarrer hatte durchaus kein Interesse, nachzuforschen, ob das aus der Ablösung bezogene Geld in der That der Mutter des B dargeliehen worden sei, da B als Verwalter des Kirchenvermögens für das Geld verantwortlich blieb, mochte er was immer für eine causa debendi in der Urkunde angegeben haben, und in keinem Falle den Umstand, daß die darin angeführte causa falsch ist, zu seinem Vortheile ausbeuten darf. Da somit der klägerischerseits zur Feststellung der wahren causa aufgetragene Haupteid überflüssig und die gegnerische Anfechtung des Klaganspruchs gesetzlich nicht begründet ist, so mußte die Revisionsbeschwerde verworfen werden.

Nr. 2734.

Aufrechterhaltung des beabsichtigten schriftlichen Testamentes als mündliches. Ungiltigkeit des Testamentes wegen Irrthums im Beweggrund.

Entsch. v. 6. Februar 1867, Nr. 879 (Best. des das Urth. des B. G. Schärding v. 30. März 1866, Nr. 859, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 7. Nov. 1866, Nr. 17156). G. Z. 1867, Nr. 39. Gazz. d. Trib. 1867, Nr. 20.

M, österreichischer Staatsangehöriger, ließ in Bayern einen Notar rufen und erklärte vor fünf Zeugen, daß er seinen unehelichen Sohn A zum Erben einsetze. Der Notar war der irrigen Meinung, daß nach österreichischem Rechte eine solche Erbeinsetzung nicht giltig wäre. Hierauf kam ein schriftliches Testament zu Stande, worin derselbe, „weil er seinen Sohn nicht zum Erben einsetzen könne", seinen Bruder B mit der Bitte einsetzte, jenem die Hälfte des Nachlasses zukommen zu lassen. A focht nun das schriftliche Testament an und nahm das Alleinerbrecht in Anspruch. Diesem Begehren ward von den beiden höheren Instanzen stattgegeben.

Gründe der zweiten Instanz: Die vernommenen Zeugen sagen einstimmig aus, daß vor ihnen M, nachdem der bayerische Notar herbeigeholt worden war, um den letzten Willen desselben aufzunehmen, geäußert habe, er wolle seinen unehelichen Sohn (den Kläger) als Haupterben einsetzen. Hienach hatte M seinen letzten Willen in einer mit den Förmlichkeiten des a. b. G. B. zusammentreffenden Weise (§§. 585, 586 a. b. G. B.) mündlich dahin erklärt, daß der Kläger Alleinerbe sein solle, und diese Erbeinsetzung ist nach österreichischen, hiebei zur Anwendung kommenden Gesetzen giltig. Der Erblasser hat sich sodann durch die Bedenken des bayerischen Notars gegen die Giltigkeit der Erbseinsetzung eines außerehelichen Sohnes nach österreichischen Gesetzen irre machen lassen und lediglich wegen dieses Irrthums in dem unmittelbar darauf verfaßten schriftlichen Testamente die Geklagten zu Erben eingesetzt; diese Erbseinsetzung ist nun nach dem 2. Absatz des §. 572 a. b. G. B. ungiltig, weil dieser Wille einzig und allein auf dem irrigen Beweggrunde, daß die zu Gunsten des A gemachte Erbseinsetzung unwirksam sei, oder doch einer Bestreitung unterliegen könnte, beruhte. Da nun das schriftliche Testament, beziehungsweise die dasselbe bildende Erbseinsetzung der Geklagten — als durch Irrthum hervorgerufen — mithin als ungiltig sich darstellt, so steht die mündliche Willenserklärung, nach welcher der Kläger Erbe sein soll, in Kraft, da ein früheres Testament nur durch ein späteres giltiges Testament aufgehoben wird (§. 713 a. b. G. B.).

Gründe der dritten Instanz: In Erwägung, daß M, nachdem der bayerische Notar geholt worden war, um seinen letzten Willen aufzunehmen, laut der einstimmigen Aussagen der Zeugen den

bestimmten Willen äußerte, er wolle seinem unehelichen Sohne A sein ganzes Vermögen hinterlassen, daher seinen letzten Willen in einer mit allen Förmlichkeiten eines mündlichen Testamentes versehenen Weise kundgegeben hat, bevor der schriftliche Aufsatz verfaßt wurde; in Erwägung, daß das O. L. G. in seinen Gründen schon erschöpfend darstellte, wie der Erblasser lediglich wegen eines Irrthumes in dem unmittelbar darauf verfaßten schriftlichen Testamente die Beklagten zu Erben einsetzte und in diesem Irrthum blos sich mit demselben Aufsatze einverstanden erklärte, hat der oberste Gerichtshof das obergerichtliche Urtheil zu bestätigen gefunden.

Nr. 2735.

Paternitäts- und Alimentationsklage: Unabhängigkeit des Ausspruchs über die Vaterschaft von der Zuerkennung der Alimente. Unstatthaftigkeit des Regreßanspruchs der alimentirenden Mutter gegen den unehelichen Vater.

Entsch. v. 6. Februar 1867, Nr. 891 (theilweise Best. des Urth. des B. G. Gewitsch v. 28. Mai 1866, Nr. 2473, und des Urth. des O. L. G. Brünn v. 18. Sept. 1866, Nr. 8944). G. H. 1867, S. 174.

Von der Mutter und dem Vormund des unehelichen Kindes A wurde B 1. auf Anerkennung der Vaterschaft, 2. auf den der Mutter zu leistenden Ersatz der von ihr bestrittenen Erziehungskosten und 3. auf Zahlung der Alimente bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes belangt. Nach vorgängiger Aufnahme des Beweises durch Sachverständige über die behauptete Erwerbsunfähigkeit des A, welche aber das Gegentheil ergab, wurde das Klagbegehren in erster Instanz vollständig abgewiesen. Das O. L. G. hat dieses Urtheil in Punkt 3 des Petits bestätigt, in den Punkten 1 und 2 aber dahin abgeändert, daß, unter der Bedingung der durch Haupteide erbrachten Beweise des Beischlafs während der kritischen Zeit und der von der Mutter bestrittenen Verpflegung des Kindes, B für den Vater desselben zu halten und schuldig sei, der Mutter die Kosten der bisherigen Alimentation zu ersetzen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte ad 1 das obergerichtliche, ad 2 das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Das Gericht erster Instanz hat das Klagbegehren in Punkt 1 blos deshalb abgewiesen, weil die anderen Klagansprüche — jener ad 2 in Folge der von dem Gericht angenommenen Verjährung nach §. 1480 a. b. G. B. — nicht zu Recht bestehen. Allein nur aus diesem Grunde durfte der durch Haupteid angetragene Beweis der Vaterschaft des Beklagten nicht ausgeschlossen und das Begehren um Anerkennung derselben nicht abgewiesen

werden, da die Vaterschaft des Beklagten auch ohne dessen Verpflichtung zu irgend einer Zahlung vorhanden sein kann. In diesem Punkte mußte daher das obergerichtliche Urtheil bestätigt werden. Dagegen war das Begehren der Mutter um Ersatz der von ihr dem Kinde verabreichten Alimente unbedingt zu verwerfen, weil im Sinne der §§. 166, 167 und 171 a. b. G. B. die Verbindlichkeit zu Verpflegung und Versorgung des unehelichen Kindes beiden Elterntheilen obliegt und wenn daher die Mutter der ihr obliegenden Verbindlichkeit freiwillig nachkommt, sie für die Erfüllung desselben einen Ersatz zu fordern nicht berechtigt ist.

Nr. 2736.

Nichtigkeit des im ordentlichen Verfahren ergangenen, die Einrede der Nichtzuständigkeit verwerfenden und zugleich in der Hauptsache entscheidenden Urtheils erster Instanz. Nichtigkeit des abändernden Urtheils zweiter Instanz.

Entsch. v. 12. Februar 1867, Nr. 97 (Aufheb. der Urth. des L. G. Gutenstein v. 10. April 1866, Nr. 188, und des O. L. G. Wien v. 24. Oct. 1866, Nr. 16219). G. Z. 1867, Nr. 46.

Im ordentlichen mündlichen Verfahren war rechtzeitig die Einrede der Incompetenz erhoben, trotzdem aber auch in der Sache verhandelt worden. Die erste Instanz verwarf dann mit einem Urtheil die erwähnte Einrede und entschied zugleich in der Sache. Die zweite Instanz erklärte die Einrede der Incompetenz für begründet und unterließ daher, in der Sache zu entscheiden. Der oberste Gerichtshof hat beide Urtheile aufgehoben und der ersten Instanz aufgetragen, mit der Entscheidung über die Incompetenzfrage ordnungsmäßig vorzugehen und zwar „in Erwägung, daß es sich vorliegend um eine im förmlichen mündlichen Verfahren geschlossene Streitsache handelt, bei welcher die Einwendung des ungehörigen Gerichtsstandes rechtzeitig und ausdrücklich erhoben und im Verlaufe der Verhandlung wiederholt betont worden ist; daß in einem so gearteten Streite nach dem bestehenden Gesetze die präjudicielle Frage der Competenz des angegangenen Richters durch vorläufiges Urtheil entschieden werden mußte, ohne in einen Ausspruch bezüglich der Hauptsache einzugehen; daß demnach das Urtheil der ersten Instanz sich als offenbar gesetzwidrig und nichtig darstellt und daß folglich in zweiter Instanz von einer Abänderung nicht die Rede sein konnte, ebensowenig aber mit Uebergehung des ersten Richters das O. L. G. nachhelfend über die eingewendete Incompetenz eine erste Entscheidung zu fällen berufen war."

Nr. 2737.

Hemmung der Execution wegen einer Oppositionsklage: Unwiederbringlichkeit des Schadens.

Entsch. v. 12. Februar 1867, Nr. 528 (Best. des Decr. des H. G. Wien v. 12. Nov. 1866, Nr. 141816, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 11. Dec. 1866, Nr. 22205). G. Z. 1867, Nr. 26.

Bei Einbringung der Klage des A, worin geltend gemacht war, es sei das Executionsrecht des B durch einen nachfolgenden Vergleich erloschen, ward zugleich um Einstellung der angeordneten executiven Schätzung gebeten. Diesem in erster Instanz abgewiesenen Gesuche gab die zweite Instanz Folge in Erwägung, daß einerseits durch die beigebrachte Vergleichsurkunde vom 3. November 1863 ausgewiesen ist, daß dieselbe dem betreffenden Erkenntnisse nachgefolgt und bei Erwirkung der auf Grund dieses Erkenntnisses angesuchten grundbücherlichen Einverleibung und in dem Ansuchen um Schätzung der Umstand des getroffenen Ausgleiches verschwiegen worden ist, mithin die Erfordernisse des Hofdecretes vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, vorhanden sind; sobald diese aber ausgewiesen werden, es nach eben diesem Gesetze weiter nicht darauf ankommt, ob durch den Executionsact, welcher sistirt werden soll, dem opponirenden Executen ein unwiederbringlicher Nachtheil zugefügt werde oder nicht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen Bescheid, weil die einschlägige Verfügung mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck des Justiz-Hofdecretes vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, und auf die analoge Bestimmung des §. 3 des Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, sich als gerechtfertigt darstellt.

Nr. 2738.

Kaufvertrag oder Glücksvertrag?

Entsch. v. 12. Februar 1867, Nr. 552 (Best. des das Urth. des B. G. Lavis v. 30. Oct. 1866, Nr. 4134, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck vom 27. Nov. 1866, Nr. 3299). G. H. 1867, S. 295.

Nach der Anführung des Klägers A wäre von ihm und B folgender Vertrag geschlossen worden: Die Enten des A, die B durch Steinwürfe tödten werde, sollen Eigenthum des B sein; er aber hat für jeden Steinwurf gegen die Enten dem A 3 kr. zu zahlen. B habe zwei Enten getödtet und sei 5 fl. für die Steinwürfe schuldig geworden. Das Gericht erster Instanz betrachtete das Uebereinkommen als einen Kaufvertrag und verurtheilte den B unter der Bedingung des durch Haupteid hergestellten Beweises der klägerischen Anführungen zur Zahlung der begehrten 5 fl. Das O. L. G. wies den Kläger unbedingt ab.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Erkenntniß der zweiten Instanz. Gründe: In dem Vertrag konnte nur ein dem Scheibenschießen ähnliches Spiel erblickt werden, wo der Schütze für das Recht, einen oder mehrere Schüsse in die Scheibe zu thun, einen bestimmten Preis zahlt und damit die Hoffnung auf eine Prämie („Best") oder auf einen ergiebigen Lohn seiner Tüchtigkeit („Gewinnst") kauft. A bestimmte die Enten als Prämie und speculirte auf einen geringern Grad von Geschicklichkeit des B im Steinwerfen, resp. darauf, daß die von B riskirte Geldsumme größer sein werde, als der Geldwerth der von ihm getödteten Enten. Allein abgesehen davon, daß hier, wo lebende Enten die Zielscheibe waren, der Handel in eine tadelnswerthe Thierquälerei ausarten konnte und daher zur Grundlage der Verfolgung civilrechtlicher Ansprüche sich wenig eignet, ergibt sich aus dem Vertrag der Charakter eines Spiels oder Wette, aus der für den Gewinner A, da er sich mit dem Versprechen der Zahlung des Wettpreises von Seite des B begnügt hat, nach den §§. 1271 und 1272 a. b. G. B. ein Klagrecht darauf nicht entstanden ist.

Nr. 2739.

Behandlung von Simultan-Hypotheken bei executiver Veräußerung.

Entsch. v. 12. Februar 1867, Nr. 747 (Best. des das Decr. des B. G. Tamsweg v. 26. Oct. 1866, Nr. 1442, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 18. Dec. 1866, Nr. 22828). G. Z. 1867, Nr. 59.

Es gelangten 10 Realitäten zur executiven Feilbietung, auf welchen simultan zwei Stiftungscapitalien per je 600 fl. haften. Gemäß den Feilbietungsbedingnissen wurden vorerst die Realitäten einzeln versteigert mit dem Vorbehalte, daß, wenn hienach, bei dem Versuche der Feilbietung aller 10 Realitäten zusammengenommen, sich ein höheres Meistgebot ergeben würde, als die Summe der für die einzelnen Objecte erzielten Meistgebote, der Gesammtrealitätencomplex demjenigen zugeschlagen werden sollte, welcher dieses höhere Angebot für den Gesammtcomplex gestellt hat. Nach Ausrufung des Gesammtcomplexes wurde derselbe demzufolge dem B um das Meistgebot von 6980 fl. zugeschlagen, weil dasselbe höher war, als die Summe der für die einzelnen Realitäten erzielten Angebote. Darauf erklärte B, einige Theile des Gesammtcomplexes für C erstanden zu haben. In dem Meistgebotsvertheilungs-Erkenntnisse hat das B. G. Tamsweg auf jede einzelne der 10 Realitäten je einen betreffenden Theilbetrag von den beiden simultan haftenden Stiftungscapitalien gewiesen, mit der Bestimmung, daß die bei den einzelnen Realitäten nicht angewiesenen Beträge ohneweiters gelöscht werden können. Auf den von der

Finanzprocuratur im Interesse der Stiftungen ergriffenen Recurs hat das O. L. G. das erstrichterliche Erkenntniß dahin abgeändert, daß die darin enthaltene Bestimmung, wonach die nicht angewiesenen Theilbeträge bei den einzelnen Realitäten vor Rückzahlung der beiden Simultansatzforderungen ohneweiters gelöscht werden können, auf diese Forderungen keinen Bezug habe; denn die Vertheilung der Simultanposten auf die einzelnen Realitäten ist eine ideale, welche nur geschieht, um zu ersehen, wie viel von dem auf die einzelnen Realitäten entfallenden Theilerlöse die übrigen Satzgläubiger, welche kein Simultanpfandrecht für sich haben, erhalten. Die Vertheilung kann aber ohne Einwilligung des Simultangläubigers nicht derart durchgeführt werden, daß statt des Simultanpfandrechtes nur Pfandrechte für einzelne Theilbeträge treten.

Auf den von dem Ersteher B ergriffenen Revisionsrecurs hat der oberste Gerichtshof die oberlandesgerichtliche Entscheidung bestätigt in Erwägung, daß vermöge der Natur des Pfandrechtes jeder einzelne Theil des der Hypothek unterworfenen Gütercomplexes für die ganze Schuld haftet; daß durch den Umstand, daß der Recurrent, nachdem ihm als Meistbieter der ganze Gütercomplex zugeschlagen worden war, erklärte, einige Theile hievon für C um einen zwischen ihnen festgesetzten Theil des Gesammtpreises erstanden zu haben, der Umfang des Pfandrechtes der Stiftungen keine Schmälerung erleiden kann, und daß der Ersteher B ebenso wie C, der übrigens sich nicht beschwerte, als in Gesellschaft eingetretene Ersteher des Gütercomplexes nach den Bestimmungen des §. 328 a. G. O. die Hypothekarlasten, soweit sich der Preis erstreckt, zu übernehmen haben und ihnen anheimgestellt bleiben muß, für die Wahrung ihres gegenseitigen Interesses zu sorgen, ohne daß hiedurch die Stellung der Satzgläubiger berührt wird.

Nr. 2740.

Hemmung der Execution wegen einer Excindirungsklage: Voraussetzungen der Cautionspflicht.

Entsch. v. 12. Februar 1867, Nr. 1228 (Best. des das Decr. H. G. Wien v. 27. Nov. 1866, Nr. 147970, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 11. Dec. 1866, Nr. 22324): G. H. 1867, S. 146.

Mit Vorlage einer notariell legalisirten Kaufsurkunde belangte der Käufer A den B wegen Excindirung der in der Urkunde bezeichneten Mobilien aus der vom Beklagten gegen seinen Schuldner C, d. i. den Verkäufer der Mobilien an A, auf dieselben geführten Execution und begehrte die einstweilige Suspension der executiven Versteigerung, welche von dem Gericht erster Instanz nur gegen Cautionsleistung des A bewilligt wurde, weil es aus dem Vertrag

die Identität der darin bezeichneten Gegenstände mit den in der Execution gezogenen Mobilien nicht entnehmen konnte. — Das O. L. G. beseitigte auf den Recurs des A den Auftrag zur Cautionsleistung in der Erwägung, daß der Inhalt der vom Recurrenten producirten, notariell beglaubigten Urkunde in Betreff der nach derselben von A gekauften Sachen mit dem Executionsprotokoll in einer Weise übereinstimmt, welche die Identität der Gegenstände, deren Excindirung begehrt wurde, mit den in Execution gezogenen Effecten füglich nicht bezweifeln läßt, und daß übrigens die Frage nach der Identität ohnehin der Entscheidung des Excindirungsprocesses vorbehalten bleibt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Decret der zweiten Instanz, weil im Sinne des Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, zur unbedingten Bewilligung der Sistirung einer executiven Veräußerung eine Urkunde genügen muß, welche im Allgemeinen als eine hinreichende Bescheinigung betrachtet werden kann, ohne daß der Richter dabei auch noch mit der Prüfung von Einwendungen sich zu befassen hat, die etwa in Betreff des inneren Wesens der Sache erhoben werden könnten.

Nr. 2741.

Uebernahme eines Findelkindes in unentgeltliche Pflege: Unstatthaftigkeit eines Ersatzanspruchs gegeu den unehelichen Vater.

Entsch. v. 13. Februar 1867, Nr. 523 (Best. des das Urth. des B. G. Josefstadt in Wien v. 15. August 1866, Nr. 7697, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 21. Nov. 1866, Nr. 17827). G. H. 1867, S. 171.

Die A hatte ein Findelkind von dem Findelhaus in die Pflege übernommen, ohne sich von der Anstalt für die Pflegekosten einen Ersatz versprechen zu lassen, und belangte nach mehrjähriger Verpflegung desselben (vom 10. Lebensjahr des Kindes an) den B als Vater auf Ersatz der von ihr bestrittenen Alimente. Der Beklagte bekannte sich zur Vaterschaft; er bestritt aber den von der A auf §. 1042 a. b. G. B. gegründeten Ersatzanspruch. — Von der ersten Instanz wurde der Klägerin statt der geforderten 511 fl. der Betrag von 115 fl. zuerkannt. Das O. L. G. hat aus den folgenden Gründen das Klagbegehren vollständig abgewiesen: Nach ihrer eigenen Anführung hat die Klägerin ohne Aufforderung von irgend welcher Seite, mithin aus freiem Antrieb das Kind von der k. k. Findelanstalt in ihre unentgeltliche Pflege übernommen, und es ist von ihr nicht behauptet worden, daß an den Beklagten damals von irgend einer Seite die Forderung gestellt wurde, das Kind in seine Pflege zu nehmen. Es ist daher nicht nachgewiesen, daß sie für den Beklagten und anstatt desselben,

als Verpflichteten, die Pflegekosten bestritten hat. Nur wenn dargethan wäre, daß zur Zeit, als die Klägerin das Kind übernahm, von der Anstalt in keiner Weise mehr für dasselbe vorgesorgt worden wäre, daß von diesem Zeitpunkt an die Pflicht des Erzeugers zur Erhaltung des Kindes an Stelle der Findelanstalt auflebte, könnte die Klägerin nach §. 1042 a. b. G. B. von dem Beklagten Ersatz fordern. Dies ist aber nicht der Fall, sondern es muß angenommen werden, daß die Klägerin das Kind nur aus Humanität zu sich nahm und pflegte, wofür ihr aber kein Ersatz gebührt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz mit Bezugnahme auf die Gründe derselben und in weiterer Erwägung, daß die Klägerin das Kind von der Anstalt in unentgeltliche Pflege übernommen und, da für dasselbe auch nach dem 10. Lebensjahr von der Findelanstalt zu sorgen war, eine dem unehelichen Vater obliegende Pflicht zur Verpflegung des Kindes nicht nachgewiesen hat.

Nr. 2742.

Eintritt des Verzugs im Fall einer bedingten Zahlungszeit.

Entsch. v. 13. Februar 1867, Nr. 743 (Abänd. des das Urth. des B. G. Ried v. 17. August 1866, Nr. 5053, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 14. Nov. 1866, Nr. 17344). G. Z. 1867, Nr. 30.

Auf dem Besitzthum der B haftet für die A deren väterlicher Erbtheil, der ihr, sobald sie sich verehelicht hat, auszuzahlen ist. Die Verheiratung der A erfolgte am 1. August 1864 und zwar wie sie — jedoch erst in der Revisionsschrift — angab, in Anwesenheit der B. Anfangs December 1864 begehrte der Gatte der A von der B die Zahlung und beruhigte sich dabei, als diese sagte, sie müsse erst Gelder eintreiben und werde dann zahlen. Die Zahlung des Capitals erfolgte später. Nun verlangte die A mittelst Klage noch Verzugszinsen. Die erste Instanz sprach ihr auch die Zinsen vom 1. August 1864 zu. Gründe: Nach Inhalt der intabulirten Schuldurkunde war das Capital bei der Verehelichung der Klägerin sogleich auszuzahlen. Die Geklagte wendete nicht ein, daß ihr der Zeitpunkt der Verehelichung nicht rechtzeitig bekannt geworden ist; demnach erscheint die von ihr vorgebrachte spätere Einmahnung der Klägerin irrelevant, weil der Grundsatz: dies interpellat pro homine auch in unser Gesetz aufgenommen worden ist. §. 1334 (a. b. G. B.). Das Obergericht dagegen verurtheilte die Geklagte zur Berichtigung der Zinsen blos vom 1. December 1864 an, und nur dann, wenn die Klägerin den ihr zurückgeschobenen Haupteid, daß ihr Gatte Anfangs December 1864 mit der verspäteten Zahlung des Capitals nicht vorbehaltlos sich einverstanden erklärte, sondern Zinsen in Anspruch nahm, antritt und

der Eid durch ihren Gatten (als Vertretungsleister) abgelegt wird. Gründe: „Wenngleich die Zahlungszeit auf die Verehelichung der Klägerin bestimmt wurde, so erscheint die Geklagte doch erst dann im Versäumnisse, wenn sie von der erfolgten Verehelichung in Kenntniß gesetzt und von ihr die Zahlung begehrt wurde, weil sie keine Verbindlichkeit hatte, sich um die Verehelichung der Klägerin zu kümmern, daher abwarten konnte, bis diese von ihrem Permissivrechte Gebrauch machen wird, was erst Anfangs December 1864 geschah. Die Verbindlichkeit der Geklagten, vom 1. December 1864 an Zinsen zu zahlen, soll entfallen sein, weil der Gatte der Klägerin, als ihr Bevollmächtigter, sich mit einem Aufschube der Zahlung einverstanden erklärte, also eine Zahlungsfrist gewährte. Allein die Klägerin gibt ein solches Einverständniß nur mit der Beschränkung zu, daß Zinsen bezahlt werden, und hat diese Bedingung zu erweisen, weshalb auf den darüber aufgetragenen Haupteid abgegangen wurde.“

Die dritte Instanz sprach der Klägerin die Zinsen vom 1. December 1864 an unbedingt zu. Gründe: Die Klägerin war unstreitig berechtigt, sobald sie sich verehelicht hatte, was am 1. August 1864 geschah, von der Geklagten das Capital zu verlangen. Weil aber diese Verfallzeit keine im Voraus bestimmte, sondern eine zufällige war, so lag es in der Natur der Sache, daß die Klägerin die Geklagte, unter Bekanntgabe des Ereignisses, von welchem die Fälligkeit abhing, zur Zahlung zu mahnen hatte, was sie erst Anfangs December 1864 that; es tritt daher die Verpflichtung der Geklagten zur Entrichtung der Zögerungszinsen erst mit 1. December 1864 ein (§. 1334 a. b. G. B.), und können selbe umsoweniger vom 1. August 1864 an zuerkannt werden, als in erster Instanz gar nicht behauptet wurde, daß die Geklagte von der Verehelichung der Klägerin und dem diesfälligen Tage Kenntniß gehabt habe. War aber die Klägerin befugt, vom 1. December 1864 an 4% Zinsen zu begehren, so hat sie nicht nöthig gehabt, dieses ihr bereits erwachsene Recht noch eigens sich vorzubehalten, als sie, rücksichtlich ihr Gatte, im December 1864 der Geklagten noch einige Zeit zuwarten zu wollen erklärte, und erscheint der in zweiter Instanz darüber zugelassene Haupteid unentscheidend.

Nr. 2743.

Unterschied des Separationsrechts vom Recht auf Sicherstellung des Legats: Unzulässigkeit der Forderung einer bestimmten Art der Sicherstellung.

Entsch. v. 13. Februar 1867, Nr. 1158 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 23. Nov. 1866, Nr. 128024, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 18. Dec. 1866, Nr. 22587). G. H. 1867, S. 166.

Während der Abhandlung der Verlassenschaft des M wurde von dem im Testament mit einem Geldvermächtniß 12.000 fl. bedachten

A gegen den Nachlaßerben B die Absonderung des Legats von dem Vermögen des Letzteren in der Form des Erlags von 12.000 fl. bei Gericht, zur Sicherstellung des Vermächtnißanspruchs begehrt und in erster Instanz diesem Gesuch durch die Ertheilung des Deponirungsauftrages an den B stattgegeben.

Das O. L. G. und der oberste Gerichtshof hingegen haben das Gesuch des A zurückgewiesen. Gründe der dritten Instanz: Obwohl der §. 812 a. b. G. B. und der §. 161 des Patents vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, den Vermächtnißnehmern Sicherstellung gegen den Erben einräumen, so ist doch die Art der Sicherstellung in dem einen und in dem andern Falle verschieden; indem nach §. 812 a. b. G. B. dem Erben der Besitz des Nachlasses ganz entzogen, nach §. 161 des Patents vom 9. August 1854 ihm nur die Verbindlichkeit zu gesetzlicher Sicherstellung (§. 1373 a. b. G. B.) aufgelegt wird. Von dem Rechtsmittel des §. 812 a. b. G. B. hat nun A keinen Gebrauch gemacht, da er nicht die Absonderung des ganzen Nachlasses, nicht einmal eines wirklich vorhandenen bestimmten Theiles desselben, sondern den Erlag des Betrags seiner Forderung begehrte. Nach dem §. 161 des citirten Patentes aber ist dieses Begehren nicht zulässig, da derselbe den Legatar nur ermächtigt, gesetzliche Sicherstellung zu fordern, wobei die Wahl der Art der Sicherstellung dem Erben frei gegeben und dieser keineswegs verpflichtet ist, die Sicherheit durch Erlag von baarem Geld zu leisten.

Nr. 2744.

Einfluß des Todes einer Partei auf den von ihr abzulegenden Eid.

Entsch. v. 19. Februar 1867, Nr. 100 (Best. des Decr. des B. G. Linz v. 4. Oct. 1866, Nr. 9217, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 13. Nov. 1866, Nr. 20488). G. Z. 1867, Nr. 64.

In einer Strafsache hatte M eine eidliche Aussage abgelegt und später in der seinem Advocaten in einem damit zusammenhängenden Civilproceß ertheilten Information sich auf jene Aussage berufen. Als später M starb, baten die Erben, daß ein Eid, den er abzulegen hatte, für geschworen angesehen werden möge. Die erste Instanz ging (bedingt) auf dieses Ansuchen ein, die zweite dagegen wies es sofort zurück, weil der Inhalt der Information viel zu allgemein und die Beziehung auf das Strafprotokoll viel zu vag und unbestimmt laute, und weil auch der Inhalt des Strafprotokolles nicht derart genau mit der Eidesaussage übereinstimme, um die Information nach §§. 412 und 414 a. G. O. als eine hinreichende Legitimation zu einer solchen Eidesauftragung ansehen zu können.

Der oberste Gerichtshof hat jedoch die Entscheidung der ersten Instanz aufrecht erhalten, weil die strafgerichtliche Aussage des M in ihrer Wesenheit mit klarem und unzweifelhaftem Wort anführt, daß M jene Menge Gerste um die angegebenen Preise abgeliefert habe; weil M bei seiner Vernehmung sich zum Eide über die Richtigkeit seiner Aussage erboten und diesen Eid nach der für Strafsachen vorgeschriebenen Form auch wirklich abgelegt hat; weil der Client bei Ertheilung der Information an den Rechtsfreund sich allerdings noch auf ein anderes Schriftstück beziehen kann; weil die Information des M sich auch wirklich auf seine vorausgegangene gerichtliche Vernehmung bezieht und der Gegner nicht dargethan hat, daß noch eine andere Vernehmung des M stattgefunden habe, worauf er sich hätte beziehen können.

Nr. 2745.

Bestreitung der ehelichen Geburt: Kraftlosigkeit des Geständnisses der Ehefrau.

Entsch. v. 19. Februar 1867, Nr. 525 (Best. der Urth. des B. G. Haag v. 22. Juni 1866, Nr. 1784 und des O. L. G. Wien v. 10. October 1866, Nr. 16725). G. H. 1867, S. 244.

A bestritt die eheliche Geburt des von seiner Gattin zur Welt gebrachten Kindes gegen den Curator desselben, indem er anführte, seiner Frau, mit der er übrigens fortan in gemeinsamer Haushaltung lebte, seit drei Jahren, von der Geburt des Kindes zurückgerechnet, nicht mehr beigewohnt zu haben, und dafür den Zeugenbeweis durch seine Gattin und durch eine dritte Person, der sie diese negative Thatsache mitgetheilt hätte, und seinen Erfüllungseid anbot. A wurde in allen Instanzen mit der Klage abgewiesen. Gründe der dritten Instanz: Die angebotene Zeugenschaft der Gattin, deren außergerichtliches Geständniß nicht als adminiculirend in Anschlag zu bringen ist, weil es zuletzt immer nur auf der Angabe derselben Person beruht, wäre im Grunde nichts mehr und nichts Anderes als das isolirte Geständniß eines Ehebruchs zu Gunsten des Ehemannes, um dem Kind die Rechte der ehelichen Geburt zu entziehen, welchem aber der Geist des §. 158 a. b. G. B. die Kraft eines halben Beweises nicht beilegen will.

Nr. 2746.

Grenzen der Haftung einer Gesellschaft für das Verschulden ihrer Beamten.

Entsch. v. 20. Februar 1866, Nr. 11347 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 9. März 1866, Nr. 22081, abändernden Urth. des O. L. G. Wien v. 8. August 1866, Nr. 10567). G. H. 1867, S. 205.

Durch den beim Vorbeifahren eines Donaudampfschiffes entstandenen Wellenschlag verunglückte eine vor Anker liegende Csaike, deren Eigenthümer die Donau-Dampfschifffahrts-Gesellschaft mit der auf die §§. 1297 und 1315 a. b. G. B. gegründeten Schadenersatzklage belangte, weil, wie er anführte, das Unglück daraus entstanden ist, daß der Capitän des Dampfers vorschriftswidrig mit voller Kraft vorbeifuhr.

Der oberste Gerichtshof wies den Kläger ab. Gründe: Nach dem §. 1315 a. b. G. B. haftet zwar Derjenige, welcher einen Anderen zur Ausführung eines bestimmten Geschäfts oder einer bestimmten Gattung oder Art von Geschäften bestellt, für dessen Tüchtigkeit in der Richtung, daß er für den Schaden verantwortlich bleibt, der einem Dritten aus der in Folge der Untüchtigkeit des Bestellten mangelhaften oder fehlerhaften Verrichtung des Geschäftes zugeht; und es steht dies auch im Einklang mit den Grundsätzen der §§. 1294 und 1297, wornach der Besteller bei der Auswahl der Person für ein Geschäft, mit dessen Verrichtung auch Gefahr für die Rechte Dritter verbunden ist, sich unter Anwendung mindestens des gewöhnlichen Grades von Fleiß und Aufmerksamkeit mit der Prüfung, ob der Bestellte die Eigenschaften habe, um das Geschäft ohne Beschädigung oder nahe Gefährdung dritter Personen verrichten zu können, befassen und von dem Dasein dieser Eigenschaften sich überzeugen muß. Dagegen ist der Besteller für den Schaden nicht verantwortlich, den ein Dritter durch ein Versehen erleidet, welches die mit der Verrichtung des Geschäfts betraute und dazu tüchtige Person bei einem besonderen, vom Besteller nicht vorherzusehenden Anlaß begangen hat, soweit nicht im öffentlichen Interesse durch specielle Vorschriften Ausnahmen festgesetzt sind. Nach diesen allgemeinen Regeln ist beim Mangel von hier anwendbaren Ausnahmebestimmungen der gegenwärtige Proceß zu entscheiden. Die Donau-Dampfschifffahrts-Gesellschaft hat bei der Aufnahme ihres Capitäns die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften beobachtet; daher kann ihr die Bestellung oder Beibehaltung eines untüchtigen Schiffsführers im Sinne und mit der Wirkung des §. 1315 a. b. G. B. nicht zur Last gelegt werden. Besondere Gesetze aber, welche ihr in dieser Beziehung eine noch weiter reichende Verantwortlichkeit aufbürden, bestehen nicht. Durch die im Regierungsdecrete vom 20. Mai 1846, Nr. 26808, Prov. G. S. für

Niederösterreich, 28. Bd., Nr. 97 (welches der Gesellschaft vorschreibt, ihren Schiffsführern zu befehlen und darüber zu wachen, daß sie, so lang durch den Wellenschlag Gefahr für ein Ruderschiff herbeigeführt werden könnte, die Kraft der Maschine entsprechend mäßigen oder nöthigenfalls ganz außer Thätigkeit setzen) enthaltene Hinweisung auf den 3. Abschnitt der Donau-Strompolizei-Vorschrift vom 24. December 1827, Prov. G. S. für Niederösterreich, 10. Bd., Nr. 62, wurde eine hier anwendbare exceptionelle Haftungspflicht nicht ausgesprochen, weil einerseits darin vorzugsweise und namentlich auf die Strafbestimmungen der Strompolizei-Vorschrift vom Jahre 1827 und andererseits im §. 27 des erwähnten Abschnittes zur Beurtheilung der Ersatzpflicht für die Beschädigung einer Privatpartei an der Person oder dem Vermögen ausdrücklich und lediglich auf die vom Civilrichter zu beobachtenden Bestimmungen des a. b. G. B. hingewiesen ist. Da nun vom Kläger nicht behauptet, viel weniger dargethan wurde, daß die beklagte Gesellschaft an der erforderlichen Ertheilung oder Einschärfung des obigen Befehles oder an der ihr vorgeschriebenen Ueberwachung, so weit diese in der Möglichkeit gelegen war, es habe fehlen lassen, so mußte sie freigesprochen werden.

Nr. 2747.

Uebernahme von Satzposten durch den Käufer: Haftung desselben gegenüber dem die Hypothekargläubiger befriedigenden Personalschuldner. Unzulässigkeit des Haupteides über Thatumstände, welche durch einen vom Deferenten angerufenen Zeugen in Abrede gestellt sind.

Entsch. v. 26. Februar 1867, Nr. 779 (Best. des Urth. des L. G. Wels v. 25. April 1866, Nr. 1057, Abänd. des Urth. des L. G. Wien v. 17. Oct. 1866, Nr. 14012). G. Z. 1867, Nr. 41.

A war Personalschuldner für drei Beträge zu 320 fl., 380 fl. und 149 fl., welche auch auf seinem Grundstücke pfandrechtlich sichergestellt waren. Das Grundstück wechselte mehrmals den Besitzer; endlich erstand es die B bei einer zwangsweisen Feilbietung und es wurden ihr jene drei Pfandschulden zur Bezahlung zugewiesen. Da sie jedoch nicht zahlte und inzwischen das Grundstück weiter veräußerte, ward A zur Zahlung angehalten, und nun belangte dieser auf Grund des §. 1042 die B auf Ersatz der von ihm gezahlten Beträge. Bezüglich einer der drei Satzposten, der zu 380 fl., hatte A den angeblich bezahlten Gläubiger als Zeugen eingeführt und seinen Erfüllungseid angeboten, außerdem aber über die Thatsache der Zahlung an diesen Zeugen der Beklagten den Haupteid aufgetragen. Mit dem

diese Satzpost betreffenden Theil des Klagebegehrens ward Kläger schon in erster Instanz abgewiesen, weil, da der angerufene Zeuge die zu beweisende Thatsache in Abrede gestellt habe, der Erfüllungseid nicht zulässig sei und noch weniger der Hauptеid über das der Geklagten unbekannte Factum zugelassen werden könne. Im Uebrigen ward dem Klagbegehren theils bedingt, theils unbedingt stattgegeben. Die zweite Instanz dagegen wies dasselbe gänzlich ab aus folgenden Gründen: Kläger führt an, daß er sein Haus, auf welchem die Forderungen, und zwar mit 320 fl., 380 fl. und 149 fl. grundbücherlich einverleibt waren, im Tauschwege an H übergeben und hierbei „diese Hypotheken an H übertragen habe". Wenn nun diese Satzposten später zu Verlust geriethen, und Kläger als Personalschuldner zu deren Zahlung angehalten wurde, stünde ihm wohl gegen H, welcher sich ihm gegenüber zur Zahlung dieser Satzposten verpflichtet haben soll, nicht aber gegen die Geklagte ein Klagrecht zu, da diese das Hypothekarhaus erst im Executionswege nach H an sich gebracht, dem Kläger gegenüber keine Verpflichtungen übernommen hat und zu demselben in gar kein Vertragsverhältniß getreten ist. Insofern Kläger weiter anführt, die Geklagte habe laut Meistgebot-Liquidirungsprotokoll vom 28. April 1854 unter seiner Intervention die gedachten Satzposten auf Abrechnung von ihrem Meistgebote zur Zahlung übernommen, so ist weder aus dieser Angabe, noch aus dem Protokolle selbst zu entnehmen, in welcher Eigenschaft Kläger bei dieser Meistgebotsliquidirung intervenirte und welche Rechte er hierdurch gegen die Geklagte erworben haben soll. Endlich kann von einer Anwendung des §. 1042 a. b. G. B. keine Rede sei, weil nach den eigenen Anführungen des Klägers die Berichtigung der Satzposten der Geklagten nicht aus dem Gesetze, sondern nur aus einem Vertragsverhältniß obgelegen wäre. Da nun Kläger den Bestand eines solchen zwischen ihm und der Geklagten nicht nachgewiesen hat, erscheint sein Klagbegehren wider die Geklagte unbegründet.

Auf Revision des Klägers erkannte der oberste Gerichtshof in Uebereinstimmung mit dem erstrichterlichen Urtheile. Die Motivirung lautet im Wesentlichen wie folgt: Die Geklagte hat als Meistbieterin am 9. März 1854 das zum executiven Verkauf gebrachte Gasthaus erstanden und war demnach verpflichtet, das Meistgebot von 5405 fl. längstens binnen 5 Monaten zu entrichten oder sich mit den bezüglichen Gläubigern abzufinden. (§§. 2 und 3 der Licitationsbedingnisse.) Als auf die eine oder die andere Art zu befriedigende Gläubiger wurden ihr im Bescheide des B. G. Ottensheim vom 28. April 1854 auch die der Satzposten per 380 fl., 320 fl. und 149 fl., alle sammt Nebengebühren, bezeichnet und sie somit vom B. G. angewiesen, statt des Personalschuldners, d. i. des Klägers dieselben aus dem von ihr zu leistenden Kaufpreise abzufertigen, wodurch der Personalschuldner von seiner Verbindlichkeit diesen gegen-

über befreit worden wäre. Sie hat ihre diesfällige Pflicht nicht erfüllt, sondern der Kläger an ihrer statt, indem er nach seiner Behauptung obige drei Posten zahlte, daher berechtigt erscheint, für diesen Aufwand, welchen gesetzlich die Geklagte hätte machen sollen, den Ersatz von ihr zu begehren (§. 1042 a. b. G. B.). Der Eigenthümer der dritten Forderung per 380 fl., M, hat jedoch entschieden und eidlich in Abrede gestellt, daß er mit dieser Forderung vom Kläger befriedigt worden sei. Aus diesem Grunde kann, da schon ein halber Beweis für das Gegentheil vorliegt, auf den über die Zahlung aufgetragenen Haupteid nicht mehr erkannt werden.

Nr. 2748.

Actio confessoria: Erwerb der Servitut: ne luminibus officiatur.

Entsch. v. 27. Februar 1867, Nr. 1010 (Best. des das Urth. des L. G. Prag v. 27. März 1866, Nr. 6787, abändernden Urth. des O. L. G. Prag v. 4. Sept. 1866, Nr. 17078). G. H. 1867, S. 415.

Die confessorische Klage des Besitzers des Hauses A wider den Besitzer des Nachbarhauses B pto. Anerkennung eines Fensterrechtes wurde vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen abgewiesen: Da es sich um die im §. 476 a. b. G. B. sub Nr. 10 bezeichnete Servitut, d. i. um das Recht handelt, in Folge dessen der Besitzer von B verpflichtet wäre, dem herrschenden Gebäude A Licht, Luft und Aussicht nicht zu benehmen, so hatte der Kläger auf den Widerspruch des Beklagten die Erwerbung des bezüglichen Untersagungsrechtes zu beweisen. Nur durch das 30jährige Bestehen der Fenster im Hause A (worüber die erste Instanz den Zeugenbeweis zuließ) hat der Kläger den Besitz des Untersagungsrechtes nicht erworben, wenngleich der Besitzer von B zur Zeit, als das Haus A erbaut wurde, gegen das Ausbrechen der fraglichen Fenster keinen Einspruch erhoben hat. Denn das Eigenthum des Letzteren an dem Hause B, als die Befugniß, damit nach Willkür zu schalten und Jeden davon auszuschließen (§. 354 a. b. G. B.), unterliegt nach §. 1459 a. b. G. B. nicht der Verjährung, und erst wenn ein Anderer die Ausübung eines solchen Rechtes untersagt oder den Berechtigten daran hindert, beginnt auf Seite des Ersteren der Besitz des Untersagungsrechtes gegen die Freiheit des Letzteren mit dem Zeitpunkte, in welchem dieser dem Verbot oder der Hinderung sich fügt. Durch die in der Mauer des Hauses A gelassenen Fensteröffnungen, deren Beseitigung oder Vermauerung zu fordern der Besitzer von B überdies gar nicht in der Lage war, ist also das Recht des Letzteren, seinen Baugrund längs der Mauer des Hauses A beliebig zu benutzen, ihm nicht verloren

gegangen. Deshalb und in weiterer Erwägung, daß seit der nach der Anführung des Klägers einmal — im Jahre 1844 — stattgefundenen Untersagung des von B projectirten Baues auf dem erwähnten Baugrund (worüber die erste Instanz gleichfalls den Zeugenbeweis zugelassen hatte) bis zur Klage im Jahre 1865 die 30jährige Ersitzungszeit nicht verstrichen ist, mußte das den Kläger sofort abweisende Urtheil der zweiten Instanz bestätigt werden.

Nr. 2749.

Hemmung der Execution wegen einer noch vor dem Pfändungsbescheide zugestellten Exscindirungsklage.

Entsch. v. 27. Februar 1867, Nr. 1465 (Best. des das Decr. des B. G. Urfahr v. 16. Nov. 1866, Nr. 6236, aufhebenden Decr. des O. L. G. Wien v. 11. Dec. 1866, Nr. 22689). G. H. 1867, S. 193. (Nach den Acten ergänzt.)

Der Rechtsfreund des A hatte in Erfahrung gebracht, daß dem B gegen den Schuldner C die executive Mobilienpfändung bewilligt worden war, und überreichte nun für A gegen B die Klage um Exscindirung der in Execution gezogenen Sachen und gleichzeitig das Gesuch um Sistirung der Pfändung. Die erste Instanz erledigte diese Eingaben durch aufrechte Verbescheidung der Klage und durch die Bewilligung der Aufschiebung des Vollzuges der Pfändung und es wurden beide Verordnungen den Parteien noch vor dem Pfändungsbescheide zugestellt. Auf den Recurs des B gegen die Sistirung der Pfändung hat das O. L. G. die bezügliche Verordnung des Gerichtes erster Instanz aufgehoben und demselben die unverweilte Vornahme der Pfändung aufgetragen, weil das Hofdecret vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, nur die Sistirung der weiteren Executionsschritte, insofern dadurch dem Exscindenten ein unwiederbringlicher Nachtheil zugefügt würde, gestattet, was bei der Pfändung nicht der Fall ist, deren Aufschiebung vielmehr die Durchführung des Anspruches des Executionsführers gefährden könnte. In Folge dieser Verordnung wurde die Pfändung sofort vollzogen. Dagegen recurrirte A mit der Bitte um Aufhebung der obergerichtlichen Verfügung, welche schon deshalb ungesetzlich sei, weil darin die unverweilte Vornahme der Pfändung, also noch vor dem Eintritte der Rechtskraft derselben, aufgetragen wurde.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs des A in Erwägung, daß die im §. 3 des Hofdecretes vom 29. Mai 1845, Nr. 889, vorgesehenen Bedingungen der Suspension des Vollzuges der bewilligten Pfändung nicht vorlagen, und jedenfalls die erstgerichtliche Anordnung der Sistirung des Vollzuges eines erst später ausgefertigten und zu-

gestellten Pfändungsbescheides gegen die Ordnung des Verfahrens verstieß; daß nach den Hofdecreten vom 7. April 1785, Nr. 405 und 2. März 1799, Nr. 459 der J. G. S. wegen des gegen eine Verordnung ergriffenen Recurses in der Regel mit dem Vollzuge derselben nicht inne zu halten ist, umsoweniger also wegen des Offenstehens der Frist zu dem noch nicht überreichten Recurs; und daß hinreichend wichtige Gründe zur Anordnung einer Ausnahme von dieser Regel in dem gegenwärtigen Falle dem O. L. G. nicht vorlagen.

Nr. 2750.

Sicherstellung der Verlassenschaftsgebühren.

Entsch. v. 27. Februar 1867, Nr. 1581 (Best. der Decr. des B. G. Alsergrund in Wien v. 6. Jänner 1867, Nr 260 und des O. L. G. Wien vom 22. Jänner 1867, Nr. 1122). G. H. 1867, S. 251.

Gegen die untergerichtlichen Verordnungen, womit gelegentlich der Aufnahme des Todfalles der M dem Erben zur Sicherstellung der Nachlaßgebühren des Staates nach §. 72 des Patentes vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, und §. 43 des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, der Erlag einer Grundentlastungs-Obligation von 1000 fl. von den Werthpapieren der Verlassenschaft aufgetragen wurde, ergriff der Erbe den Recurs, worin er geltend machte, daß der Erlag zur Sicherstellung nur bei einer für den Staatsschatz vorhandenen Gefahr gefordert werden könne, welcher Fall hier nicht eintrete, da weder die Verstorbene noch Recurrent verschuldet sei, und daß unter allen Umständen nicht der Erlag einer Obligation von 1000 fl. ihm aufgetragen werden durfte, weil die Staatsgebühr von dem in Kleidern, Wäsche und 150.000 fl. Grundentlastungs-Obligationen bestehenden Nachlaß nur 407 fl. betragen werde.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil die Sicherstellung der Verlassenschaftsgebühren von dem Gesetze ohne Unterschied, ob deren Zahlung auch ohne Sicherstellung zu erwarten wäre, vorgeschrieben ist, somit der Vorgang des Abhandlungsgerichtes, welches auf die möglichen Folgen einer Unterlassung es nicht ankommen lassen will, nicht in Beschwerde gezogen und von dem Gerichte die Begründung seines Vorganges durch Hinweisung auf eine im concreten Falle obwaltende besondere Gefahr nicht gefordert, und in der erst im Revisionsrecurs (nicht schon in dem Appellationszuge) angefochtenen Höhe des sicherzustellenden Betrages eine die Ergreifung des außerordentlichen Rechtsmittels rechtfertigende Gesetzwidrigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit nicht gefunden werden kann.

Nr. 2751.

Execution auf eine nicht intabulirte Liegenschaft.

Entsch. v. 5. März 1867, Nr. 1402 (Aufhebung der gleichförmigen Decr. des B. G. Jordanow v. 29. Nov. 1865, Nr. 1194 und des O. L. G. Krakau v. 24. April 1866, Nr. 5056). G. H. 1867, S. 274.

Das Gesuch des A um executive pfandweise Beschreibung des angeblich seinem Schuldner gehörigen, im Grundbuche nicht eingetragenen Grundstückes X wurde vom Gerichte erster Instanz abgewiesen, weil 1. durch gerichtliche Contestation nicht erhärtet ist, daß das Grundstück keinen Tabularkörper bildet, und 2. keine glaubwürdige Bescheinigung dafür beigebracht wurde, daß der Execut das Grundstück wirklich besitzt. Aus den gleichen Motiven verwarf das O. L. G. den Recurs des A gegen den erstgerichtlichen Bescheid.

In Erwägung, daß nach den §§. 411 und 453 westgalizische G. O. der Executionsführer lediglich jene Güter des Schuldners namhaft zu machen hat, aus denen er seine Befriedigung zu holen Willens ist; daß demnach die Nachweisung in dem Executionsgesuche, daß der Schuldner auch Eigenthümer oder im Besitze derselben sei, nicht erfordert wird, indem in Betreff dieser Umstände, erst wenn desfalls bei dem Vollzuge der Execution von dem Executen oder einem Dritten Einwendungen vorgebracht werden, das weitere gesetzliche Amt zu handeln ist, hat der oberste Gerichtshof auf den Recurs des A mit Aufhebung der untergerichtlichen Bescheide die gesetzmäßige Erledigung des Executionsgesuches unter Abstandnahme von den vorerwähnten Abweisungsgründen verordnet.

Nr. 2752.

Anbringung des Gesuches um Pränotation eines nicht rechtskräftigen Zahlungsbefehles beim Realrichter.

Entsch. v. 5. März 1867, Nr. 1759 (Best. des Decr. des B. G. Mödling v. 29. Oct. 1866, Nr. 9480, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 11. Dec. 1866, Nr. 22496). G. Z. 1867, Nr. 42. G. H. 1867, S. 201.

A hatte wider B auf Grund einer vollen Glauben verdienenden Urkunde den Zahlungsauftrag nach Maßgabe der Ministerialverordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, erwirkt, und begehrte nun bei der Realinstanz auf Grund desselben die Einverleibung des bedingten Pfandrechtes auf Realitäten des B. Auf den Recurs des B gegen den bewilligenden Bescheid der ersten Instanz, worin er hervorhob, daß ein solcher Zahlungsbefehl ein gerichtliches Erkenntniß sei, dessen Pränotirung vor erfolgter Rechtskraft nach §. 259 a. G. O. nur bei dem Erkenntnißrichter angesucht werden

könne, daß aber dieser auf seine Einwendungen das schriftliche Verfahren, mnt Bezug auf §. 6 der obigen Verordnung und rücksichtlich §. 3 derselben, eingeleitet, somit den Zahlungsbefehl wieder aufgehoben habe, wies das Obergericht das Gesuch ab, da die Pränotirung eines Erkenntnisses, als welches auch die Zahlungsauflage erscheint, nach §. 259 der a. G. O. nur beim Erkenntnißrichter angesucht werden darf.

Der oberste Gerichtshof dagegen bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid. Denn es steht nichts im Wege, daß die Pränotirung auf Grund des Zahlungsbefehles, als einer glaubwürdigen Urkunde, auch bei der Realinstanz angesucht werde, da sie ohnehin gerechtfertigt und dabei die Rechtskraft des Zahlungbefehles ausgewiesen werden muß.

Nr. 2753.

Unzulässigkeit der executiven Pfändung einer Zeitschrift als solcher.

Entsch. v. 5. März 1867, Nr. 1791 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 2. Jänner 1867, Nr. 161266 und des O. L. G. Wien v. 15. Jänner 1867, Nr. 740). G. Z. 1867, Nr. 29.

A hatte wider B, den Eigenthümer einer täglich erscheinenden Zeitschrift, eine Forderung von 2000 fl. Da er zur Zahlung dieser Schuld seitens des B nicht gelangen konnte, suchte er zunächst die executive Sequestration der dem B gehörigen Zeitschrift an. Diese wurde bewilligt, jedoch mit dem Bemerken, daß bereits eine Sequestration verhängt sei. — Nun suchte A, der im sonstigen Vermögen des B keine Deckung fand, um die executive Pfändung der dem B eigenthümlichen Zeitschrift an, und bezeichnete sie im Gesuche mit dem Namen, den jedes ihrer Blätter trägt. Die erste Instanz wies das Gesuch wegen Unbestimmtheit und Allgemeinheit des Begehrens zurück. Die zweite Instanz bestätigte diese Abweisung, weil das Pfandrecht nicht an körperlichen Sachen, die der Amtsdiener bei der Vornahme der Pfändung sehen und beschreiben kann, sondern an Rechten erworben werden soll. Diese Rechte genau zu bezeichnen, ist Sache des Executionsführers, da einerseits die Zulässigkeit der Execution und die Art der Vollziehung erst beurtheilt werden kann, wenn eine Darstellung dieser Rechte dem Richter vorliegt, andererseits es behufs der weiteren Executionsschritte nothwendig ist, daß die gepfändeten Rechte genau beschrieben seien, die Anfertigung einer solchen Beschreibung aber nicht dem Amtsdiener beim Vollzuge überlassen werden kann. In dem hiegegen ergriffenen Revisionscurse wurde betont, daß nicht Rechte des Gegners auf oder an der in Frage stehenden Zeitschrift

in Execution gezogen werden, die Absicht vielmehr dahin gehe, diese Zeitschrift selbst, die mit ihrem allerorts bekannten Namen bezeichnet wurde und die als „Eigenthum" des Gegners angegeben erscheint, in Pfand zu nehmen. Es gebe an Preßproducten ein Eigenthum, und der Umstand, daß es an ihnen ein Eigenthum überhaupt geben kann und gibt, stelle sie in die Reihe der körperlichen Sachen, mache sie zu res quasi corporales. In dem Sinne bewillige man auch die executive Sequestration von periodischen Zeitschriften, kaufe und verkaufe, verpfände und verpachte sie mit voller Rechtswirksamkeit. Es sei richtig, daß der Käufer einer periodischen Zeitschrift mit dem von ihm erkauften Objecte nur unter der Voraussetzung einer fortdauernden Mühewaltung von seiner Seite ein Geschäft machen kann; es sei aber eben so richtig, daß er in dem Falle nur ein vielleicht im besten Gange befindliches Geschäft fortzusetzen hat, und der mit der Gründung eines neuen Geschäftes verbundenen Schwierigkeiten überhoben ist, daß er ein Geschäft fortsetzt, welches einen allbekannten Namen führt und die sowohl mühevolle als auch kostspielige Bekanntmachung seines Bestandes entbehren kann. Wolle man aber als Gläubiger eines solchen Unternehmens in diese Lage versetzt werden, dann könne man wohl nicht Rechte in Pfand nehmen, die dem Unternehmer — dem Eigenthümer — gegen sein Unternehmen — sein Eigenthum — zustehen; man müßte vielmehr das Unternehmen selbst in Pfand nehmen, ebenso wie man bei sonstigen Eigenthumsobjecten nicht die dem Eigenthümer daran zustehenden Rechte, sondern die Sache selbst pfändet. Handle es sich aber um den Vollzug einer Pfandung, wie die von der recurrirenden Firma angesuchte, so habe es auch hiemit keine weiteren Schwierigkeiten, als die einer sonstigen Pfändung. Der Gerichtsvollzieher werde eben den im Pfändungsgesuche angegebenen Namen der zu pfändenden Zeitschrift in das von ihm zu verfassende Verzeichniß der gepfändeten Objecte einstellen und hierdurch das diesfällige Pfandobject gewiß eben so gut, wo nicht besser bezeichnet und beschrieben haben, als in dem Falle geschieht, wo er einen politirten Kasten oder eine Garnitur, bestehend aus einem Canapee und sechs Stühlen ins Pfandprotokoll einschreibt. Werde dann auf Grund einer derartigen Pfandspecification ein weiterer Executionsschritt angesucht, so wird wohl auch in den weitesten Kreisen kein Zweifel darüber walten können, was geschätzt oder feilgeboten werden soll, wenn die mit ihrem Namen bezeichnete Zeitschrift als Object dieser Executionsacte angegeben werde.

Der oberste Gerichtshof fand aus den in den unteren Instanzen angegebenen Gründen den Recurs zu verwerfen.

Nr. 2754.

Umfang des executiven Pfandrechtes: Pränotationskosten?

Entsch. v. 5. März 1867, Nr. 1802 (Best. des das Decr. des H. G. Prag v. 27. August 1866, Nr. 55520, abändernden Decr. des O. L. G. Prag vom 27. Nov. 1866, Nr. 28580). G. Z. 1867, Nr. 65. G. H. 1867, S. 311.

Auf Grund eines Urtheils, wodurch die erwirkte Pränotation für gerechtfertigt erklärt ward, bewilligte die erste Instanz die Einverleibung des executiven Pfandrechtes zur Hereinbringung der Capitalsschuld und der Pränotationskosten. Die zweite Instanz schloß letztere aus, weil der Gesuchsteller „die Pränotation als Sicherstellungsmittel im eigenen Interesse erwirkt hat, ein richterlicher Spruch über die Verbindlichkeit zum Ersatze der hierauf sich beziehenden Kosten nicht vorliegt und zur gerichtlichen Adjustirung dieser Kosten von Seite des Handelsgerichtes aus Anlaß des eingebrachten Executionsgesuches kein Grund vorhanden war, umsoweniger, als die in Rede stehende Pränotation bei einer anderen Behörde erwirkt worden ist".

Letztere Entscheidung wurde mit Bezugnahme auf deren Motivirung in dritter Instanz bestätigt.

Nr. 2755.

Gesetzliches Pfandrecht an den invectis und illatis: Erwerb und Dauer.

Entsch. v. 13. März 1867, Nr. 336 (Best. des Urth. des H. G. Wien v. 5. Juni 1866, Nr. 37194, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 9. Oct. 1866, Nr. 13614). G. H. 1867, S. 334.

Die Klage des A gegen die Concursmasse des B pto. Liquidhaltung einer Miethzinsforderung und Zuerkennung des Pfandrechtes nach §. 1101 a. b. G. B. an mehreren in das Concursvermögen einbezogenen Mobilien für die Miethzinsforderung wurde vom obersten Gerichtshofe in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden Gründen abgewiesen: Die Bestätigung des erstgerichtlichen Urtheils stützt sich auf die Betrachtung, daß zwar nach dem Justizhofdecrete vom 10. April 1837, J. G. S. Nr. 189, das im §. 1101 a. b. G. B. dem Vermiether eingeräumte Pfandrecht an den Einrichtungsstücken und der Fahrniß des Miethers schon durch deren Einbringung in die vermiethete Wohnung begründet wird und daß nach dem Justizhofdecrete v. 5. Nov. 1819, J. G. S. Nr. 1621, und dem Hofkanzleidecrete v. 13. April 1826, Nr. 10201, dieses Pfandrecht dem Vermiether Kraft des Gesetzes, unabhängig von der in diesen Hofdecreten berührten Beschreibung, zusteht, die nur ein Mittel zur Feststellung der Objecte des Pfandrechtes sein soll; daß aber die

Wirksamkeit des Pfandrechtes nach den Worten des Gesetzes durch das Vorhandensein der Fahrniß in den gemietheten Räumen zur Zeit der Zinsforderungsklage bedingt ist, woran durch die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Miethers nichts geändert wird; daß die Sperre und Inventur des Concursvermögens bei der Concurseröffnung unter gewissen Umständen zwar die in den citirten Hofdecreten von 1819 und 1826 vorgesehene Beschreibung der in die Miethräume eingebrachten Fahrniß, woran der Vermiether sein gesetzliches Pfandrecht geltend machen will, nicht aber die Bedingung der überreichten Zinsklage zu ersetzen vermag; daß das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers als erloschen zu betrachten ist, wenn die eingebrachte Fahrniß aus welch' immer für einem Anlaß vor der Ueberreichung der Klage wieder weggebracht worden ist; daß im vorliegenden Falle die in den Miethräumen befindlichen Waaren und Einrichtungsstücke (nach der im Mai 1864 erfolgten Concurseröffnung) in den ersten Tagen des Septembers durch Versteigerung veräußert und den Erstehern ausgefolgt worden sind, die Miethzinsklage aber erst am 21. September, also nach wieder erloschenem Pfandrechte, überreicht wurde; daß der §. 1101 a. b. G. B. dem Vermiether das gesetzliche Pfandrecht nicht auch an dem Gelde einräumt, welches vor der Klage aus der Veräußerung der eingebrachten Fahrniß gelöst worden ist; daß durch die vom Concursmasse-Vertreter dem A gewährte Wiedereinsetzung gegen die versäumte Anmeldungsfrist nur ein processuales Recht eingeräumt, nicht aber eine Fiction geschaffen wurde, vermöge welcher die Klage in jeder Beziehung als vor der Veräußerung der in Rede stehenden Sachen angebracht zu behandeln und der Vertretung der übrigen Concursgläubiger die materiell rechtliche Einwendung des zur Zeit der Klaganstellung wieder erloschenen Pfandrechtes entzogen wäre, umsoweniger als der Creditorenausschuß, welcher den Concursmasse-Vertreter zur Bewilligung der Restitution ermächtigte, dagegen ausdrücklich sich verwahrt hat.

Nr. 2756.

Alimente pro praeterito. Verjährungsfrist.

Entsch. v. 13. März 1867, Nr. 1356 (Best. des das Urth. des B. G. Weyer v. 20. August 1866, Nr. 2403, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 28. Nov. 1866, Nr. 17700). G. H. 1867, S. 209.

Gegen die Klage des A um Ersatz der für das uneheliche Kind des Beklagten B durch 17 Jahre bestrittenen Alimente erhob der Beklagte mit Berufung auf den §. 1489 a. b. G. B. die Einwendung der Verjährung der seit länger als 3 Jahre, von der Klage zurück, ausstehenden Alimentenforderung. Diese Einrede wurde in zweiter und dritter Instanz abgewiesen, weil es sich hier nicht um einen Ersatz aus

dem Rechtsgrunde einer Beschädigung, sondern um den Ersatz eines vom Kläger bestrittenen Aufwandes handelt, welchen nach dem Gesetze der Beklagte selbst hätte machen müssen, ein solcher Anspruch aber nur der allgemeinen Verjährung unterliegt.

Nr. 2757.

Executions-Privilegium der Bodencreditanstalt.

Entsch. v. 13. März 1867, Nr. 1949 (Best. der gleichförmigen Decrete des B. G. Marburg v. 27. Oct. 1866, Nr. 13067, und des O. L. G. Graz v. 15. Jänner 1867, Nr. 510). G. H. 1867, S. 391.

In der Immobiliar-Execution des A gegen B hat das Gericht den von A seinem Feilbietungsgesuche beigelegten Entwurf des Licitationsedicts der k. k. priv. allgemeinen österr. Bodencreditanstalt, als Satzgläubigerin der Liegenschaft, in Gemäßheit ihrer mit Ministerialerlaß vom 1. Juni 1864, R. G. Bl. Nr. 49, kundgemachten Statuten zur Vorlage ihrer etwaigen Versteigerungsbedingnisse mitgetheilt. Die Bodencreditanstalt überreichte die von ihr verlangten Bedingnisse, wovon Nr. 4 dahin lautete, daß der Ersteher gleichzeitig mit seinem Gesuche um Anberaumung der Tagfahrt zur Anmeldung der Ansprüche auf das Meistgebot die Befriedigung der Forderung der Bodencreditanstalt, so weit sie in das Meistgebot fällt, oder das mit ihr darüber getroffene Uebereinkommen nachzuweisen habe. Von beiden Untergerichten wurde diese Bestimmung als unstatthaft erklärt und deshalb der Anstalt ihr Entwurf zur Verbesserung zurückgestellt. Dagegen recurrirte die Bodencreditanstalt und machte geltend, daß ihre Statuten den Zweck haben, durch die darin zugestandenen Begünstigungen die schnelle Hereinbringung ihrer Forderungen mit Umgehung der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu ermöglichen, daß nach §. 122 derselben das Gericht die von der Anstalt vorgelegten Licitationsbedingnisse nur wenn dadurch das Interesse vorausgehender Gläubiger gefährdet würde, abändern dürfe, daß die der Uebung aller Creditanstalten entsprechende Festsetzung Nr. 4 von den Gerichten bisher niemals beanständet wurde und auch nicht gegen das Gesetz verstoße, welches die Befriedigung eines Gläubigers von der Meistgebotsvertheilung nicht als unstatthaft bezeichne.

In Erwägung, daß die in den Statuten der Bodencreditanstalt taxativ aufgeführten Begünstigungen derselben vom Richter im Interesse der Anstalt nicht vermehrt werden dürfen; daß die von derselben sub Nr. 4 vorgelegte Bestimmung in dem besagten Privilegium nicht enthalten ist; daß eine solche für den Ersteher lästige Bedingung das Meistgebot verringern, somit die Interessen anderer Gläubiger des Executen und diesen selbst beeinträchtigen könnte; und daß vor ein-

getretener Rechtskraft der Meistgebotsvertheilung, insbesondere mit Rücksicht auf die gesetzlichen Vorzugsposten und die Nebenforderungen der intabulirten Gläubiger gar nicht einmal bekannt sein kann, ob die Forderung der Bodencreditanstalt durch das Meistgebot gedeckt sei — hat der oberste Gerichtshof den Recurs verworfen.

Nr. 2758.

Actio negatoria: Erwerb der servitus viae.

Entsch. v. 14. März 1867, Nr. 1812 (Best. des das Urth. des B. G. Mauerkirchen v. 23. Juli 1866, Nr. 2651, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 28. Nov. 1866, Nr. 17760). G. H. 1867, S. 270.

Gegen die Negatorienklage des A pto. Untersagung des Fahrens über das Grundstück des Klägers wendete der Beklagte B ein: 1. daß zu seinem Grundstücke, welches auch er vom Auctor des Klägers gekauft hatte, die Zufahrt nur über die Parcelle des Letzteren möglich sei; 2. daß beim Abschluß seines Kaufes der Verkäufer ihm die Fahrt über die Parcelle, welche damals dem Kläger noch nicht verkauft war, vorgewiesen und zugesichert habe, und daß der Kläger von diesem zugestandenen Fahrtrechte, dessen Aufnahme in dem schriftlichen Kaufvertrage des Beklagten nur aus einem Versehen unterblieben sei, bei der Errichtung seines Vertrages wußte, oder nach den vorhandenen Umständen wissen mußte. In Folge des klägerischen Widerspruches wurde von B ad 1 der Beweis durch Sachverständige angeboten und ad 2 dem Kläger der Haupteid aufgetragen. Das Gericht erster Instanz erkannte auf den Sachkundigen-Beweis; das O. L. G. und der oberste Gerichtshof erkannten sofort und unbedingt nach dem Klagbegehren. Gründe der dritten Instanz: Der Umstand, daß der Beklagte keinen andern Fahrweg, als jenen über die Parcelle des Klägers, benutzen kann, um zu seinem Grundstücke zu kommen, vermag für sich allein nicht, ihm das Recht dieses Fahrweges zu verschaffen und hat auch nicht die Folge, daß der Kläger wahrnehmen mußte, daß dem Beklagten ein solches Recht zustehe, umsoweniger, da es möglich war, daß ein anderer Nachbar über sein Grundstück dem Beklagten die Zufahrt eingeräumt und er dennoch nur von der zugleich vom Kläger ihm zugestandenen und wegen der Kürze des Weges ihm günstigeren Befugniß Gebrauch gemacht hätte. Ferner würde er die Folge der Unvorsichtigkeit des Ankaufes eines Grundstückes ohne Zufahrt sich selbst zuzuschreiben haben, ohne daß der Kläger deshalb sich eine Dienstbarkeit gefallen lassen muß. Auf den Haupteid, daß dem Kläger bei seinem Kaufe (von wem?) bekannt gegeben wurde, daß dem Beklagten das Fahrtrecht eingeräumt worden war, konnte beim Bestande des §. 887 a. b. G. B. nicht erkannt werden, weil diese Mittheilung nur ein mündlicher Zusatz zum schriftlichen Vertrage gewesen wäre.

Nr. 2759.

Wette: Selbstverständliche Verpflichtung des Wettenden zur Vornahme der Thätigkeit, um deren Erfolg gewettet ist.

Entsch. v. 14. März 1867, Nr. 1522 (Best. des das Urth. des B. G. Alsergrund in Wien v. 8. Juli 1866, Nr. 10528, abändernden Urth. des O. L. G. Wien v. 7. Nov. 1866, Nr. 16917). G. H. 1867, S. 181. (Nach den Acten berichtigt.)

In der Klage des A wider die Mitglieder des Comité des Wiener Trabwettfahrens wegen Zurückgabe eines vom Kläger erlegten Wettpreises von 500 fl. wurde angeführt: Am 19. März, dem Vorabend des Trabwettfahrens, habe B die ihm als Präses des Comité vom Kläger angebotene Wette, daß er mit seinem Pferde den Sieger im Trabwettfahren überholen werde, angenommen; dabei sei festgesetzt worden, daß die Wette als nicht geschlossen gelten soll, wenn der Kläger am 20. März zur bestimmten Stunde auf dem Rennplatze sich nicht einfindet, und daß an jenem Tage noch vor Beginn des Trabwettfahrens der Wettpreis der Beklagten erlegt werden muß. Kläger sei am 20. März auf dem Rennplatze nicht erschienen und ebensowenig das Wettgeld der Beklagten erlegt worden. Da mithin sowohl wegen des Eintrittes der beigesetzten auflösenden Bedingung als auch wegen des unterbliebenen Erlages des Wettpreises der Beklagten eine verbindliche Wette gar nicht zu Stande kam, so sei der Kläger berechtigt, die Zurückgabe des von ihm erlegten Wettgeldes zu fordern. Beklagterseits wurde die Verabredung der vom Kläger bezeichneten Resolutivbedingung geleugnet und angeführt: Es sei bei dem Eingehen der Wette vielmehr festgesetzt worden, daß die Wette auch dann giltig sein solle, wenn der Kläger aus was immer für einem Grunde überhaupt nicht fahren werde; das Wettgeld der Beklagten sei aber am 20. März vor Beginn des Trabwettfahrens richtig erlegt worden: da nun der Kläger an jenem Tage vom Rennplatze weggeblieben, also nicht gefahren sei, so habe er die für ihn verbindliche Wette verloren und könne sein Wettgeld nicht zurückfordern. Der Kläger widersprach diesen Anführungen der Gegner, und es wurden nun von beiden Parteien folgende referible Haupteide einander aufgetragen: Vom Kläger 1. über die Festsetzung, daß die Wette als nicht geschlossen gelten soll, wenn er auf dem Rennplatze nicht erscheint; von den Beklagten 2. über den Erlag ihres Wettgeldes und 3. über die Abrede, daß die Wette vom Kläger verloren sei, wenn er nicht fährt. Die erste Instanz entschied: Es wird auf den klägerischen Beweis durch den Haupteid 1 erkannt und im Falle seines Gelingens dem Klagbegehren stattgegeben; im Falle des Mißlingens dieses Beweises wird auf den Beweis der Beklagten durch den Haupteid 2 erkannt und wenn derselbe nicht hergestellt wird, ebenso dem Klagbegehren stattgegeben; im Falle der Herstellung des Beweises durch den Haupteid 2 wird auf den Beweis der Beklagten durch den Haupteid 3 erkannt und, wenn derselbe

mißlingt, auch wieder dem Klagbegehren stattgegeben. Gründe: Wird die Festsetzung der Resolutivbedingung mittelst des Haupteides 1 bewiesen, so ist, bei nicht bestrittenem Eintritte derselben, die Wette gar nicht zu Stande gekommen, mithin dem Kläger nach §. 1435 a. b. G. B. der von ihm erlegte Wettpreis zurückzustellen. Das Gleiche gilt, wenn dieser Beweis zwar nicht erbracht, andererseits aber auch nicht der Erlag des Wettgeldes der Beklagten durch den Haupteid 2 bewiesen wird, weil in diesem Falle die Wette zwar zu Stande gekommen, allein nach §. 1271 a. b. G. B. nicht verbindlich ist. Wird aber von dem Kläger mit dem Haupteide 1 die Beisetzung der Resolutivbedingung nicht bewiesen, dagegen von den Beklagten mittelst des Haupteides 2 der Beweis des Erlages ihres Wettgeldes hergestellt, so kommt es darauf noch an, ob die von den Letzteren angeführte Abrede getroffen wurde, daß die Wette auch dann gelten soll, wenn der Kläger aus was immer für einem Grunde nicht fahren wird, und ist derselbe zur Zurückforderung seines Wettgeldes berechtigt, wenn die Beklagten diese Abrede durch den Haupteid 3 nicht beweisen.

Auf die Appellation der Beklagten, die sich wegen der Zulassung des Haupteides 3 beschwerten, wurde vom O. L. G. dieser Eid aus folgenden Gründen beseitigt: Nach dem erstgerichtlichen Urtheile soll es auf diesen Haupteid erst dann ankommen, wenn nach dem Ergebniß der Beweisführung durch die beiden anderen Haupteide die vom Kläger bezeichnete Resolutivbedingung nicht gesetzt und der Wettpreis von den Beklagten erlegt worden ist. Hiemit ist aber die Giltigkeit der Wette für beide Theile festgestellt und in Verbindung mit dem Zugeständniß des Klägers, die Wettfahrt nicht unternommen zu haben, dessen Sachfälligkeit entschieden, ohne daß es hiezu noch eines Beweises der Beklagten bedarf; und es ist ganz gleichgiltig, daß und welche weiteren Bedingungen, unter denen die Wette auch noch nicht giltig sein soll, gesetzt worden sein mögen, da die Giltigkeit derselben ohnehin bereits feststeht. Der im Haupteide 3 erwähnte Umstand wäre nur in der Weise von Wichtigkeit, wenn der Kläger das Gegentheil davon, wenn nämlich er angeführt hätte, daß für den Fall, daß er aus was immer für einem Grunde nicht fahren sollte, die Ungiltigkeit der Wette bedungen worden sei, weil diese Abrede eine weitere, die Wette zu Gunsten des ihre Ungiltigkeit behauptenden Klägers auflösende Bedingung (außer der im Haupteide 1 bezeichneten Resolutivbedingung seines Wegbleibens vom Rennplatze) enthalten würde. Dieser Umstand wurde aber von dem Kläger nicht angebracht und in der Anführung der Beklagten, welche durch den Haupteid 3 erhärtet werden soll, ist die Festsetzung einer solchen Resolutivbedingung nicht enthalten. Dieser Haupteid war daher, weil für beide Streittheile unentscheidend, auf die Appellation der Beklagten zu beseitigen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen und in der ferneren Erwägung, daß in einer

Wette, deren Entscheidung von der Thätigkeit des einen oder der beiden Wettenden abhängt, Jeder von ihnen selbstverständlich die Verpflichtung auf sich nimmt, seine Thätigkeit — sofern nicht etwa ein unüberwindliches Hinderniß dazwischen kommt — eintreten zu lassen, widrigens die Wette für ihn als verloren gilt und nicht blos unentschieden bleibt; daß sonst es ganz im Belieben eines Paciscenten läge, die Wirkung des Vertrages zu vereiteln (§. 914 a. b. G. B.); daß es mithin der Festsetzung der im Haupteide 3 bezeichneten Bedingung und dieses Haupteides nicht bedurfte und übrigens vom Kläger gar nicht behauptet wurde, daß die in der Wette übernommene Thätigkeit ihm unmöglich geworden sei.

Nr. 2760.

Rechtskraft des Bescheides, womit die Klage aufrecht erledigt wird. Folgen der Verletzung der über Rechnungsbemängelungen ertheilten Vorschriften: Nullität? Stellung der Rechtsmittel-Instanz zu einem das Klagbegehren aus formellen Gründen abweisenden Urtheile.

Entsch. v. 14. März 1867, Nr. 1568 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 27. Juni 1866, Nr. 26499, aufhebenden Decr. des O. L. G. Wien vom 19. Dec. 1866, Nr. 17693). G. Z. 1867, Nr. 76.

In einem fünf Rechnungen umfassenden Rechnungsprocesse ward der Kläger nach durchgeführter Verhandlung deshalb von der ersten Instanz abgewiesen, weil er der Vorschrift des §. 102 a. G. O. zuwider nicht jeden Mangel besonders mit fortlaufenden Nummern gestellt, sondern jede der gelegten fünf Administrationsrechnungen als einen abgesonderten Mangel im Ganzen hingestellt hatte.

Das O. L. G. hob hingegen das erstrichterliche Erkenntniß auf und verordnete dem Landesgerichte in der Hauptsache selbst meritorisch zu erkennen. Die obergerichtlichen Entscheidungsgründe waren folgende: Nach Inhalt des erstrichterlichen Urtheils wurde dem Klagbegehren nicht stattgegeben; ein Ausspruch, welcher darauf hindeutet, daß das Landesgericht in die Hauptsache selbst eingegangen ist, und das gestellte Klagbegehren in seiner Totalität für ungegründet erkannt hat. Aus den Entscheidungsgründen aber erhellt, daß die Abweisung nur deshalb erfolgt ist, weil Kläger der Vorschrift des §. 102 a. G. O. entgegen in der Bemängelungsklage jede der gelegten fünf Administrationsrechnungen als einen abgesonderten Mangel im Ganzen hingestellt und mit Ausnahme zweier Einnahmeposten sich damit begnügt hat, lediglich sämmtliche Einnahme- und Ausgabeposten der einzelnen Administrationsrechnungen zu widersprechen, und weil je nach dem Ergebnisse

der von dem Kläger und dem Geklagten über einzelne Einnahme- und Ausgabeposten der gelegten Rechnungen angebotenen Beweise mittelst Zeugen und durch Hauptseid die Zifferansätze der einzelnen Mängel wesentlich verändert werden müßten, der Kläger aber in der Klage darauf keine Rücksicht genommen hat, das Gericht nicht berechtigt und verpflichtet ist, das Klagpetit abzuändern, und das Klagbegehren demnach unbestimmt ist und an Formgebrechen leidet. Zwar sprechen sich die Entscheidungsgründe auch über die Beweiskraft der lediglich behufs der erhöhten Einnahme einer Rechnung beigebrachten Zinsfassion und des über die schon früher an den Geklagten geschehene Berichtigung der Steuern und sonstigen Auslagen dem Geklagten aufgetragenen Haupteides aus, allein es kann nicht angenommen werden, daß das Landesgericht damit die meritorische Abweisung des Klägers begründen wollte, weil diese Beweise sich nur auf einzelne Einnahme- und Ausgabeposten beziehen und daher nur diese dadurch berührt werden, und weil auch die Schlußerörterung der Entscheidungsgründe zeigt, daß diese Auseinandersetzung nur dazu dient, den wahrgenommenen formellen Mangel des unbestimmten Klagbegehrens zu beweisen, und weil überhaupt dann, wenn eine Klage aus formellen Gründen abgewiesen wird, in die Hauptsache einzugehen ebenso unerlaubt als überflüssig wäre. Es mußte daher angenommen werden, daß die eben erwähnten Erörterungen nur dazu dienen sollten, die Abweisung wegen Formgebrechen des weiteren zu begründen. Das behauptete Gebrechen der nicht nach Vorschrift des §. 102 der a. G. O. bezeichneten Mängel bestand schon zur Zeit der Ueberreichung der Klage. Gleiches gilt, insoweit das L. G. weiters der Ansicht ist, daß das Klagbegehren unbestimmt ist und daß in der Klage auf die durch die beiderseitig angeführten Beweise stattfindenden Aenderungen der Zifferansätze der einzelnen Mängel keine Rücksicht genommen wurde. Nach §. 14 der a. G. O., nach Hofd. v. 6. Oct. 1783, J. G. S. Nr. 197, und Hofd. v. 31. Oct. 1785, J. G. S. Nr. 489, aber ist jede Klage, welche gegen die Vorschrift der Gerichtsordnung, somit auch gegen die Vorschrift des §. 102 der a. G. O. verfaßt ist, zurückzuweisen, rücksichtlich zur Verbesserung zurückzustellen. Hat aber das betreffende Gericht ungeachtet des obwaltenden formellen Mangels eine Klage aufrecht erledigt, und hat es damit selbst erklärt, daß es eben ein formelles Gebrechen gar nicht gefunden habe, und haben ferners auch die Parteien, rücksichtlich auch der Gegentheil durch Unterlassung des gegen die Annahme der Klage zulässigen Rechtsmittels des Recurses sich der richterlichen Anschauung gefügt, so darf weder das Gericht selbst bei der Endentscheidung auf diesen Mangel zurückkommen, und zwar ohne Unterschied, ob derselbe Gegenstand der Erörterung im Processe gewesen ist oder nicht, noch ist der Gegentheil berechtigt, das übergangene Gebrechen als Einwendung, welche ihrer Natur nach stets nur auf das angesprochene Recht selbst sich beziehen kann, im Processe,

noch aber als Nullitätsgrund gegen das geschöpfte Urtheil selbst vorzubringen, und nur dem Gerichte zweiter und dritter Instanz ist das Befugniß eingeräumt, deshalb die Nullität des Erkenntnisses und des Verfahrens selbst, und zwar in jenen Fällen auszusprechen, wo der Mangel eine von Amtswegen zu rügende Nullität begründen würde. Der vorliegende erstrichterliche Ausspruch verstößt somit gegen die gesetzlichen Bestimmungen, insoweit selber aus obigen Gründen die meritorische Abweisung der Klage enthält, obschon die gerügten Formgebrechen selbst dann, wenn selbe von Seite des urtheilenden Gerichtes noch rechtswirksam hätten in Betracht kommen können, nur die gesetzliche Folge haben konnten, daß das Urtheil und Verfahren aufzuheben und die Rückstellung der Klage anzuordnen war. Und insoweit das Landesgericht, nachdem es durch Annahme der Klage und das Rechtskräftigwerden dieser Annahme selbst gebunden ist, diese Anstände bei der Urtheilsschöpfung nicht mehr erheben, und in der Sache selbst das Verfahren nicht mehr annulliren konnte, was eigentlich nach Inhalt der Entscheidungsgründe geschah, insoweit demnach der Wortlaut des Urtheils mit den Entscheidungsgründen, worin das Meritorische des Processes gar nicht erörtert war, im Widerspruche steht und das L. G. somit meritorisch noch nicht gesprochen hat, mußte nach §. 265 der a. G. O. das nur im Appellationswege angefochtene Urtheil behoben und dem L. G. aufgetragen werden, in die Hauptsache selbst einzugehen und darüber zu entscheiden, und zwar umsomehr, als die gerügten Mängel eigentlich gar nicht bestehen oder unwesentlich sind, und daher kein gesetzlicher Grund obwaltet, um von Amtswegen mit dem Ausspruche über die Nullität des Verfahrens von hier aus vorzugehen, und die Frage weiters, ob zugleich auch das Begehren auf Zahlung des Rechnungsguthabens von dem Kläger in diesem Processe gestellt werden konnte, bei dem Umstande, als das L. G. nach den Entscheidungsgründen diese Frage bejaht hat, und nur der Kläger die Appellation ergriff, erst seinerzeit, wenn etwa der später zu schöpfende meritorische Ausspruch angefochten werden sollte, vor diesem Gerichte zur Entscheidung gelangen kann. Der Kläger hat allerdings unterlassen, die Mängel mit fortlaufenden Zahlen zu bezeichnen, allein dies ist hier von nur geringem und nicht wesentlichem Belange, und hat weder die Uebersicht erschwert, noch kann dies beim Endausspruche zu Unklarheit und Unzukömmlichkeiten führen, sowie der erkennende Richter selbst erforderlichen Falles, wie häufig in ähnlichen Processen geschieht, die leichtere Uebersicht durch Beifügung von Zahlen herstellen kann. Der Kläger hat weiters überall den Grund des gestellten Mangels angegeben, und dort, wo ihn nach seiner Ansicht die Beweiseslast traf, auch die Beweise beigebracht. Ob seine diesfällige Ansicht richtig ist oder nicht, und ob die Beweise genügen und vollständig sind, gehört zur Entscheidung in der Hauptsache. Der Kläger hat weiter bezüglich der einzelnen der bemängelten,

höchst einfachen Rechnungen ein ordentliches Begehren gestellt, und da er alle Ausgabeposten in ihrer Totalität in Abrede gestellt hat, so kann auch daraus keine Unklarheit entstehen, daß er die Bemänglung der Ausgabeposten nur als einen Mangel hingestellt hat. Die weitere Anforderung aber, daß der Kläger in der Klage schon darauf hätte Rücksicht nehmen sollen, daß durch die erst in den Satzschriften von dem Kläger und dem Geklagten angebotenen Beweise mittelst Zeugen und Haupteid die Zifferansätze der einzelnen Mängel geändert werden, kann mit Grund wohl nicht gestellt werden. Aus den Proceßschriften erhellt endlich, daß beide Streittheile eben nur Beweise zur Erhärtung ihrer Angaben beigebracht haben. Von dem Resultate dieser Beweisführung und beziehungsweise von der Zulassung oder Verwerfung der Beweise wird abhängen, ob das Klagbegehren ganz, theilweise oder gar nicht stattfindet, und je nachdem wird allerdings der Richter den Ausspruch entweder mit Beibehaltung oder Aenderung des Klagbegehrens zu schöpfen und zu formuliren haben, wozu er nach dem Gesetze eben berufen ist. Der Kläger aber hatte das Begehren nur einmal zu stellen; dasselbe theilweise zu restringiren ist überhaupt nicht nothwendig, dasselbe aber zu ändern ist geradezu unzulässig.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung. Gründe: Der erste Richter hat in den Gründen zu seinem Urtheile erklärt, wegen bloßer Formgebrechen den Kläger abweisen zu müssen, rücksichtlich in eine Beurtheilung der Sache selbst nicht eingehen zu können. Nun hat aber das O. L. G. in seinen Gründen gezeigt, daß diese Formgebrechen keineswegs derart sind, die Beurtheilung der Sache zu hindern und den Weg angedeutet, wie dies geschehen könne; es ist daher nicht nöthig, wie der Revisionswerber zu glauben scheint, das Verfahren selbst aufzuheben und ein neues anzuordnen. Auch ist die Behauptung des Recurrenten, daß eine zur Cassirung des Urtheils hinreichende Nullität schon in einer Ordnungswidrigkeit des Verfahrens, nicht auch des Urtheils bestehen könne, ganz unrichtig, wie die Fälle einer fehlerhaften Besetzung des Gerichtes einer Befangenheit desselben, des Uebergehens eines Theiles des Parteibegehrens u. s. w. zeigen.

Nr. 2761.

Störung im Besitze einer Servitut durch bloßes Verbot der Ausübung derselben?

Entsch. v. 19. März 1867, Nr. 2194 (Best. der gleichförmigen Erkenntnisse des B. G. Schluckenau v. 8. Nov. 1866, Nr. 3015 und des O. L. G. Prag v. 28. Dec. 1866, Nr. 28414). G. Z. 1867, Nr. 44.

B, auf dessen zum Hause Nr. 119 gehörigen Wege A, der Besitzer des Hauses Nr. 117, durch 13 Jahre gefahren war, verbot

diesem die fernere Benützung des Weges, unter Androhung „anderer Maßregeln" bei Fortdauer derselben. A stellte nun die Besitzstörungsklage an, welche die unteren Instanzen aus dem Grunde abwiesen, weil A dem Vormanne B's eine Erklärung ausgestellt hatte, in der anerkannt ist, daß ihm das Recht des Befahrens jenes Weges nur auf Widerruf eingeräumt sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidungen mit folgender Motivirung: Wenn auch von der vorliegenden Erklärung ganz abgesehen und angenommen wird, daß sich der Kläger am 14. August 1866 im Besitze des Rechtes befunden habe, auf dem hinter dem Hause des Geklagten Nr. 119 in Schluckenau befindlichen Fahrwege zu fahren, so ist doch keine Störung dieses Besitzes nachgewiesen; denn der Kläger hat selbst nicht behauptet, daß er je vom Geklagten in der Benützung dieses Weges gehindert wurde. Er ist vielmehr am 14. August, und auch, wie vom Geklagten in der Duplik angeführt wurde, und wegen unterlassenen Widerspruches des Klägers (welcher keine weitere Rede oder Schrift erstattete) als wahr angenommen werden muß, noch im September 1866 unangefochten dort gefahren. Wenn der Geklagte am 14. August 1866 gegen den Kläger oder seinen Bediensteten auch erklärt haben sollte, daß von nun an das Fahren auf seinem (des Geklagten) Wege bei Nr. 119 verboten sei, und wenn es nicht aufhöre, so werde er andere Maßregeln ergreifen, so erhellt daraus noch keine Störung im Besitze des Fahrweges, indem in dieser Erklärung nur der Sinn liegt, daß der Geklagte im Falle der Fortsetzung des Fahrens von Seite des Klägers Mittel zum Schutze seiner Rechte ergreifen wolle. Es ist aber damit noch nicht erklärt, daß diese Mittel solche sein werden, die vom Gesetze verboten sind und die den Kläger auf ungesetzliche Weise im Fahren hindern werden, noch weniger aber ist eine wirkliche Hinderung im Fahren eingetreten. Der Fall einer Besitzstörung liegt daher nicht vor.

Nr. 2762.

Rang der Pfandrechte an gerichtliche Depositen.

Entsch. v. 20. März 1867, Nr. 1218 (Best. des das Urth. des L. G. Krakau v. 29. Mai 1866, Nr. 9283, abändernden Urth. des O. L. G. Krakau vom 18. Oct. 1866, Nr. 13757). G. H. 1867, S. 395.

Für C verwahrt das Kreisgericht Tarnow die Baarschaft von 29.000 fl., welche von C dem A abgetreten, andererseits aber von B, einem Gläubiger des C, mit Verbot belegt und in Execution gezogen wurde. A machte nun mittelst Klage gegen B das Vorrecht auf dieses Depositum geltend und wurde von dem obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen abgewiesen. Die Proceßentscheidung hängt davon

ab, ob zur Zeit, als die gerichtlichen Verordnungen der Anmerkung der Verbots- und Executionsrechte des B bei dem Depositum der Depositencasse des K. G. Tarnow zukamen, C noch Eigenthümer des Depositums oder das Eigenthum davon bereits auf A übergegangen war. Diese Frage muß im ersteren Sinne beantwortet werden. Denn A hat durch die Cession der Baarschaft ddo. 10. April 1859 nur ein persönliches Recht gegen seinen Autor C, nicht aber das gegen jeden Dritten wirksame Eigenthum an derselben erworben. Nach §. 425 a. b. G. B. ist zur Eigenthumsübertragung nebst dem Titel auch eine echte Erwerbungsart erforderlich, die bei Mobilien in der rechtlichen Uebergabe und Uebernahme besteht, und es gibt kein Gesetz, das von dieser Bestimmung des citirten Paragraphen für die Erwerbung des Eigenthums durch Vertrag an einer im gerichtlichen Depositenamt verwahrten Sache eine Ausnahme statuirt. Eine echte Erwerbungsart zur Zeit der Anmerkung der Rechte des B kommt dem Kläger A nicht zu statten, weil zu jener Zeit die Baarschaft ihm weder körperlich von Hand zu Hand, was hier gar nicht thunlich gewesen, noch symbolisch durch Zeichen übergeben war, da er selbst nicht einmal behauptet, daß ihm C die sein Eigenthum beweisenden Urkunden behändigt habe. Auch in den Depositenbüchern war zu jener Zeit die Uebertragung des Eigenthums auf den Kläger noch nicht angemerkt, daher mit der Baarschaft kein Merkmal verbunden, woraus der Uebergang des Eigenthums auf ihn zu erkennen gewesen wäre. Allerdings hatte der Kläger die von C ihm ausgestellte Cessionsurkunde dem K. G. Tarnow noch vor dem Eintreffen der gerichtlichen Verordnungen zur Anmerkung der Rechte des B überreicht. Allein die Ueberreichung der Cessionsurkunde bei dem Depositengericht kann einer rechtlichen Uebergabe und Uebernahme des Depositums nicht gleich gestellt und kann der Kläger nicht von diesem Zeitpunkte an als der Eigenthümer der Baarschaft betrachtet werden, umsoweniger, da die Ueberreichung nicht vom Cedenten C, sondern vom Kläger allein geschehen ist. Diese Anschauung wird übrigens auch durch das positive Gesetz, namentlich durch die Bestimmung des §. 6 der Justizministerial-Verordnung vom 9. Mai 1860, R. G. Bl. Nr. 125 unterstützt, worin der Grundsatz klar ausgesprochen ist, daß der Partei, welche die gerichtliche Executions-Verordnung bezüglich einer in öffentlicher Casse liegenden Baarschaft erwirkt hat, daß dieser Verordnung entsprechende Recht vom Zeitpunkte der an die Casse geschehenen Zustellung derselben an zusteht. Wenn daher selbst das gerichtlich zugesprochene Recht an einer in öffentlicher Casse verwahrten Baarschaft Dritten gegenüber erst von jenem Zeitpunkte an wirksam ist, so kann um so minder den durch Vertrag ohne Intervention des Richters erworbenen Rechten an cassamäßig verwahrten Sachen der Vorrang von einem früheren Zeitpunkt an zugestanden werden.

Nr. 2763.

Gemeinsamkeit von Vertragsurkunden.

Entsch. v. 20. März 1867, Nr. 1479 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Czernowitz v. 31. August 1865, Nr. 21148 und des O. L. G. Lemberg v. 9. Oct. 1866, Nr. 25523). G. Z. 1868, Nr. 70.

C verkaufte dem B eine ihm durch Erbschaft zugefallene Realität um 1200 fl., ein Drittel sogleich, den Rest in zwei Raten zahlbar, bezüglich derer bedungen war, daß C dem B binnen einer bestimmten Frist einen noch weiteren Ausweis über das Erbrecht behändige, widrigens der Käufer B die letzten zwei Raten nicht zu zahlen brauche. Dem B wurde auch auf Grund des Kaufvertrages die Realität eingeantwortet. C cedirte die obigen zwei Kaufschillingsraten an A und dieser bat nun auf Grundlage der Cession, dann des in den Abhandlungsacten des Erblassers aufbewahrten Kaufvertrages zwischen C und B um Einverleibung des bedingten Pfandrechtes für die rückständigen Kaufschillingsraten. Beide Untergerichte schlugen das Begehren ab, weil der Originalkaufvertrag weder vom Bittsteller, noch von dessen Machthaber, sondern von einem Dritten bei Gericht niedergelegt worden ist, ohne dessen Gestattung kein Gebrauch davon gemacht werden kann, da nach §. 175 des kaiserlichen Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, von derlei Urkunden nur den Betheiligten Einsicht und Abschriften zu gewähren sind; weil das Gericht die Originalurkunde im Namen des Erlegers B aufbewahrt und C den nachträglichen Erbrechtsausweis nicht urkundlich geliefert hat.

Der oberste Gerichtshof bewilligte die Pränotation. Gründe: Die Verkaufsurkunde bildet für die beiden Contrahenten, daher auch für ihre Rechtsnehmer ein instrumentum commune, auf das sie sich in allen Fällen berufen können und A ist eben der Rechtnehmer von C (§. 1394 a. b. G. B.); er kann daher auch ohne Zustimmung des B von dieser Urkunde Gebrauch machen. Die Frage aber, ob C dem B den bedungenen Erbrechtsausweis geliefert habe, ob daher der Anspruch des Pränotanten auf den Kaufschillingsrest ein unbedingter und unbeschränkter sei oder nicht, ist nicht vom Tabularrichter zu prüfen, sondern dem Justificirungsproceß vorbehalten; genug, daß A eine Urkunde beibringt oder auf das bei Gericht liegende Original derselben sich beruft, woraus unter gewissen, von ihm auf dem gehörigen Wege zu erweisenden Bedingungen für ihn ein Forderungsrecht erwächst.

Nr. 2764.

Gerichtsstand des Vertrages: Annahme einer den Zahlungsort bestimmenden Factura.

Entsch. v. 20. März 1867, Nr. 1607 (Best. der gleichförmigen Urth. des K. G. Reichenberg v. 17. Juli 1866, Nr. 4218 und des O. L. G. Prag vom 27. Nov. 1866, Nr. 28588). G. H. 1867, S. 279.

Der Klage des A pto. Zahlung des Kaufpreises für gelieferte Waaren wurde vom Beklagten B die Einwendung der Incompetenz des angerufenen Gerichtes in Reichenberg entgegengesetzt und der Anführung des A, daß die Zahlung des Kaufpreises ausdrücklich in besagter Stadt bedungen worden sei (§. 43 J. N.), widersprochen.

Der oberste Gerichtshof hat diese Einrede aus den folgenden Gründen abgewiesen: Der Vorschrift des §. 43 J. N., wonach das forum contractus nur dann als begründet anzusehen ist, wenn der Ort, wo die Zahlung geleistet oder eine andere Verbindlichkeit erfüllt werden soll, in einem Vertrag ausdrücklich bestimmt worden ist, wurde im vorliegenden Falle vollkommen dadurch entsprochen, daß, wie beiderseits unbestritten ist, der A seiner Factura die Worte „Zahlbar in Reichenberg“ beigesetzt und B die mit dieser ausdrücklichen Bestimmung des Zahlungsortes versehene Factura nebst der ihm zugesandten Waare angenommen hat, da bei dieser Sachlage nicht behauptet werden kann, daß das Uebereinkommen der Contrahenten auf den Zahlungsort nur ein stillschweigendes gewesen sei.

Nr. 2765.

Unstatthaftigkeit eines Verbotes auf Forderungen an den Verbotswerber.

Entsch. v. 27. März 1867, Nr. 2588 (Best. des das Decr. des B. G. Gerungs v. 17. Oct. 1866, Nr. 1578, abändernden Decr. des O. L. G. Wien v. 20. Nov. 1866, Nr. 20906). G. H. 1867, S. 300.

Dem A, welcher in Folge gerichtlichen Vergleiches der B 692 fl. zu zahlen hatte, war diese hinwieder 669 fl. schuldig. Da die B außer ihrer Forderung gegen A kein Vermögen besitzt, so begehrte A für seine Forderung unter Vorlage der nöthigen Beweisurkunden das Verbot auf die für B bei ihm liegenden 692 fl., welches in erster Instanz nach den §§. 283 und 284 a. G. O. bewilligt, von dem O. L. G. hingegen verweigert wurde, weil nach §. 283 a. G. O. der Gläubiger nur die in Händen eines Dritten befindlichen Güter seines Schuldners mit Verbot belegen kann, die der B geschuldete Summe Geldes aber noch in den Händen des A ist und weil der

Letztere auch nicht nachgewiesen hat, daß er mit seiner Forderung gegen die B wegen Mangels anderer hinlänglicher Zahlungsmittel in Gefahr stehe.

Der Recurs des A, worin derselbe geltend machte, daß das Gesetz im §. 283 a. G. O. mit dem Worte „Dritter" nur eine vom Schuldner verschiedene Person bezeichnen und nur die Unzulässigkeit des Verbotes auf die in Händen des Schuldners selbst befindlichen fahrenden Güter andeuten, nicht aber das Erforderniß, daß der Inhaber dieser Güter auch eine vom Gläubiger verschiedene Person sei, aussprechen wolle, wurde vom obersten Gerichtshofe mit Verweisung auf die Motive der zweiten Instanz verworfen.

Nr. 2766.

Verhältniß der Curatelbehörde zu dem in Ungarn befindlichen unbeweglichen Vermögen des Curanden.

Entsch. v. 28. März 1867, Nr. 1380 (Bestät. des Decr. des O. L. G. Wien v. 11. Dec. 1867, Nr. 21534). G. Z. 1867, Nr. 54.

Einem Curanden des Wiener L. G., welcher sowohl in den deutschen als in den ungarischen Kronländern ein bedeutendes Vermögen besitzt, waren rücksichtlich der ersteren ein Curator, rücksichtlich der letzteren der Vater des Curanden zu Vermögensverwaltern bestellt worden. Da der Vater über die Einkünfte aus dem ungarischen Vermögen dem Wiener L. G. keine regelmäßigen Rechnungen legte, die Uebersicht über die Gesammtvermögensgebahrung sehr erschwert, wenn nicht unmöglich war, so sah sich das österreichische O. L. G. aus Anlaß eines Falles, in welchem der Curator den Verkauf gewisser hierländiger Vermögensbestandtheile zur Tilgung einer Schuld an die k. k. priv. Nationalbank beantragt, und der Vater gegen die diesfällige Erledigung den Recurs ergriffen hatte, bestimmt, das L. G. zu beauftragen, daß dieses den Vater zur Legung von Ausweisen über die Einkünfte aus dem ungarischen Vermögen auffordere, weil diese zur Evidenzhaltung des Vermögens des Curanden nöthig seien. Das O. L. G. stützte sich bei dieser Aufforderung auf das Hofdecret vom 30. Juli 1785, J. G. S. Nr. 448; allein der Aufgeforderte brachte dagegen den Recurs ein, in welchem er sich zwar bereit erklärte, summarische Ausweise zu legen, zugleich aber geltend machte, man könne solche Ausweise nicht als eine Schuldigkeit von ihm verlangen, da er von der Rechnungslegung über das Vermögen seines Sohnes nach ungarischen Gesetzen befreit sei.

Der oberste Gerichtshof hielt jedoch die Aufforderung aufrecht und zwar in der Erwägung, daß in dem beanständeten Absatze des oberlandesgerichtlichen Erlasses nicht ausgesprochen erscheint, daß der Recurrent verpflichtet sei oder werde, dem L. G. Wien über die Verwaltung

des dem Curanden angefallenen, in Ungarn gelegenen Vermögens Rechnung zu legen; in Erwägung, daß andererseits, wenn ein Curand in verschiedenen Provinzen Güter besitzt, welche von verschiedenen Personen und unter der Aufsicht verschiedener Gerichte verwaltet werden, die Natur der Sache es mit sich bringt, daß jenes Gericht, welchem die Person des Curanden untersteht, auch von den Einkünften, welche demselben aus dem in einer anderen Provinz befindlichen Vermögen zufließen, Kenntniß nehme, und in Erwägung, daß unter den gegebenen Verhältnissen und insbesondere in Anbetracht der Verschiedenheit der Verhandlung der Sache nach den Gesetzen des Königreiches Ungarn eine unmittelbare Aufforderung an den Recurrenten selbst als das kürzeste und geeignetste Mittel sich darstellte, wodurch sich derselbe in seinen Rechten, soweit sie die Verwaltung der Güter in Ungarn betreffen, noch nicht für verletzt betrachten kann.

Nr. 2767.

Voraussetzungen des Zeugenbeweises zum ewigen Gedächtnisse; Bescheinigung der Gefahr.

Entsch. v. 28. März 1867, Nr. 2475 (Best. des das Decr. des B. G. Sechshaus v. 12. Dec. 1866, Nr. 27005, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 15. Jänner 1867, Nr. 261). G. Z. 1867, Nr. 64.

Um eine für die Entscheidung wichtige Zeugenschaft durch den Tod des Zeugen nicht zu verlieren, stellte der Kläger den Antrag auf Vernehmung des Zeugen zum ewigen Gedächtnisse und begründete sein Gesuch mit einem Krankheitszeugnisse, in welchem bestätigt war, daß der zu vernehmende Zeuge einen apoplektischen Habitus habe, und mit dem Hinweise auf die oberstgerichtliche Entscheidung vom 28. Sept. 1859, Z. 10638 (Nr. 876 dieser Samml.), in welcher der Rechtssatz zum Ausdrucke gebracht wird, daß bei der Frage der Zeugenvernehmung in perpetuam rei memoriam zur Darthuung der Besorgniß, daß ein tauglicher Zeuge entgehe, ein strenger Beweis gesetzlich nicht gefordert werde. Die erste Instanz wies das Gesuch in der Erwägung ab, „daß durch das beigebrachte ärztliche Zeugniß, falls es überhaupt zur Bescheinigung genügend anzusehen ist, nur dargethan würde, daß der Zeuge einen apoplektischen Habitus, d. i. eine schlaghafte Körperbeschaffenheit, und öfters an Schlaganfällen erlitten habe, nicht aber, daß derselbe kränklich sei; und in der ferneren Erwägung, daß zwar der §. 179 a. G. O. und das Hofdecret vom 27. Sept. 1784, J. G. S. Nr. 341, keinen strengen Beweis, wohl aber fordert, daß der die Zeugenabhörung beantragende Streittheil mit Grund besorge, der Zeuge könnte ihm entgehen, ein solcher Grund aber eben nicht dargethan wird." Das O. L. G. bewilligte das Gesuch, „weil nach

dem Wortlaute und Geiste des §. 179 a. G. O. durch das ärztliche Zeugniß hinlänglich bescheinigt wird, daß im Verlaufe der Zeit der Zeuge dem Zeugenführer entgehen könne."

Den dagegen erhobenen Revisionsrecurs verwarf der oberste Gerichtshof „in Anbetracht, daß die in Frage stehende Zeugenschaft immerhin von Einfluß auf die Beurtheilung der vom Zeugenführer angeregten Streitsache sein kann, und daß zur Annahme der im §. 179 a. G.O. vorgesehenen Besorgniß auch Wahrscheinlichkeitsgründe genügen."

Nr. 2768.

Unzulässigkeit des Ansuchens um executive Feilbietung einer dem Executionsführer bereits executiv eingeantworteten Forderung.

Entsch. v. 2. April 1867, Nr. 2005 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 20. Dec. 1866, Nr. 157342, und des O. L. G. Wien v. 22. Jänner 1867, Nr. 1075). G. Z. 1867, Nr. 55. G. H. 1867, S. 407.

Nachdem A die executive Einantwortung einer seinem Schuldner B zustehenden, im Grundbuche einverleibten Rentenforderung und die Intabulation der Zahlungsauflage mit der Wirkung des ersten Executionsgrades erlangt hatte, bat er um die Schätzung und (gegenüber der Concursmasse des inzwischen in Gant verfallenen Schuldners) um die executive Feilbietung der Rente. Diesem Ansuchen gaben die beiden unteren Instanzen statt.

Der oberste Gerichtshof dagegen wies das Feilbietungsbegehren aus folgenden Gründen zurück: Durch die vom Gläubiger am 24. Juli 1866 begehrte und am 26. desselben Monates bewilligte executive Einantwortung der jährlichen Rente von 600 fl. selbst hat er diese nach Maßgabe seiner Forderung an Zahlungsstatt übernommen; er wurde dadurch Eigenthümer des Rentenbezuges bis zum Belaufe seiner Forderung, und eine Execution gegen sich selbst ist unzulässig. Eine Execution, nachdem die Einantwortung erfolgt ist, stellt sich umsoweniger als zulässig dar, als die Rente per 600 fl. zur Deckung des Gläubigers nach §. 349 a. G. O. hinreicht; daß der Gläubiger das executive Pfandrecht erwirkte, berechtigt nicht zur abgesonderten Fortsetzung der Execution, weil die Pfandrechtseinverleibung nur zum Behufe und zur Sicherung des aus der Einantwortung erwachsenen Rechtes geschah; daß gegen die bewilligte Schätzung eine Einsprache nicht erhoben wurde, verfangt nichts, weil, wie früher gesagt wurde, die Executionsführung des Gläubigers gegen sich selbst auf das ihm bereits Gehörige ungesetzlich ist und ein nichtiger Act zu weiteren Rechtsfolgerungen nicht geeignet sein kann.

Nr. 2769.

Constitutum debiti alieni. Zwangscurs. Zinsenverjährung.

Entsch. v. 3. April 1867, Nr. 1386 (Best. des Urth. des L. G. Krakau v. 10. April 1866, Nr. 3488, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau v. 29. August 1866, Nr. 12524). G. Z. 1869, Nr. 3.

Die A klagte wider B auf Zahlung von 28.000 fl. poln. Conr. Silber-Währ. oder 7000 fl. ö. W. in klingender Münze sammt den rückständigen Zinsen — aus dem Titel der von demselben erfolgten Uebernahme eines von seinem Vater contrahirten Darlehens — und führte zur Begründung ihres Anspruches Folgendes an: B habe vor dem Bevollmächtigten der Klägerin im Jahre 1855 erklärt, er werde die Schuld seines Vaters M in Courant-Silbermünze sammt den rückständigen Zinsen entrichten; derselbe habe später auch noch vor der A selbst, nach dem Jahre 1856 die Erklärung abgegeben, diese Schuld abtragen zu wollen, wenn selbe in dem Erlöse der sub Nr. . . . . zu Krakau gelegenen Realität keine Bedeckung finden würde. Es war nämlich auf Grund des von der Klägerin wider die liegende Masse des ursprünglichen Schuldners M erwirkten Zahlungsauftrages die executive Einverleibung der Summe von 28.000 fl. poln. Courant Silber-Währung im Lastenstande der erwähnten Realität vorgenommen worden; der gedachte Betrag konnte jedoch, wiewohl für liquid anerkannt, aus dem Kaufschillinge des mittlerweile veräußerten Pfandobjectes nicht bezahlt werden. Der Beklagte stellte in Abrede, vor dem Mandatar der A irgend welche Erklärung abgegeben zu haben, räumte aber ein, er habe dieselbe vor der A, jedoch mit dem Beisatze gemacht: Die Zahlung aus freien Stücken, ohne eine Verbindlichkeit auf sich zu nehmen, sobald er nur bei Casse sein werde, leisten zu wollen. Er behauptete ferner, daß er sich ausdrücklich gegen die Zahlung der Zinsen verwahrt habe; eventuell wendete er die Verjährung der älteren als dreijährigen bis zum Klagtage verfallenen Zinsen ein. Das Gericht erster Instanz erkannte, daß B das Capital entweder in poln. Courant Silber-Währung oder in österreichischen Banknoten, 1 fl. ö. W. mit 4 fl. polnisch gerechnet, unbedingt; und die innerhalb der drei dem Klagtage vorangegangenen Jahre verfallenen Zinsen unter der Bedingung zu zahlen schuldig sei, daß durch den Haupteid die vor dem Mandatar der A erfolgte Erklärung des Geklagten, die Klagsumme sammt Zinsen zahlen zu wollen, bewiesen werde. Das O. L. G. änderte dagegen die erstgerichtliche Entscheidung ab, indem es die Zahlungspflicht sowohl rücksichtlich des Capitales als auch der während der drei dem Klagtage vorgegangenen Jahre verfallenen Zinsen von dem seitens der ersten Instanz zugelassenen Haupteide abhängig machte, und zwar in Erwägung, daß ein Versprechen, die Schuld freiwillig, ohne eine Verbindlichkeit auf sich zu nehmen, zahlen zu wollen, keine Obligation begründen

könne; bezüglich der Valuta wurde der Ausspruch des ersten Richters bestätigt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz vollinhaltlich aus nachstehenden Gründen: Die Klage gegen B stützt sich auf die von ihm abgegebene Erklärung, er wolle das von seinem Vater aufgenommene Darlehen von 28.000 fl. poln. der Klägerin A bezahlen, welche Erklärung zur Begründung des Anspruches der Klage nach §. 1345 a. b. G. B. genügt, weil in dieser Gesetzesstelle die Errichtung einer schriftlichen Urkunde nicht erfordert wird, wie dies z. B. §. 943 a. b. G. B. vorschreibt. Die Liquidität der Darlehensforderung von 28.000 fl. poln. an M wurde nicht bestritten und erscheint als, mittelst des Zahlungsauftrages, bewiesen. Der Beklagte gibt selbst in der Einrede zu, er habe der A erklärt, daß er die gedachte Summe, wenn dieselbe aus der Hypothek der sub Nr. .... zu Krakau gelegenen Realität nicht befriedigt werden würde, freiwillig, wiewohl ohne irgend eine Verbindlichkeit in dieser Beziehung auf sich zu nehmen, nur dem Andenken seines Vaters zu Ehren, zahlen wolle, sobald er Geld haben werde, welche Erklärung, ohne daß angesichts eines solchen Geständnisses irgend welche Beweisführung nothwendig wäre, dem Beklagten im Sinne des §. 1345 a. b. G. B. die Pflicht zur Zahlung auferlegt. Auf Grund des seiner Erklärung hinzugefügten Beisatzes: er wolle bezahlen, wenn er Geld haben werde, kann sich der Beklagte dieser Verbindlichkeit nicht entschlagen, denn es wird bei jedem eine Zahlung Versprechenden der Besitz von Zahlungsmitteln vorausgesetzt; den Besitz letzterer kann man also nicht als eine Bedingung, deren Erfüllung erst von der Klägerin bewiesen werden müßte, betrachten. Durch die Worte: „freiwillig, ohne eine Verbindlichkeit zu übernehmen“, ist das Klagrecht der A nicht entkräftet worden, weil der Beklagte, der, wiewohl ihm die Zahlung der Summe von 28.000 fl. poln. nicht oblag, dem Andenken seines Vaters zu Ehren, freiwillig zu zahlen sich anheischig machte, gerade durch dieses freiwillige Versprechen sich verpflichtet hat. Daß aber die Klagforderung aus dem Erlöse der erwähnten Realität nicht befriedigt wurde, hat die Klägerin in der Klage dargethan, es mußte daher der Beklagte zur Zahlung des Capitales von 28.000 fl. poln. oder 7000 fl. ö. W. unbedingt verurtheilt werden. Was die Währung anbelangt, in welcher die Zahlung geschehen soll, so kann der Schuldner nicht angehalten werden, die Summe von 28.000 fl. poln. ausschließlich in Silber zu leisten, sondern es muß ihm freistehen, diesen Betrag entweder in Silbermünze oder in österreichischen Banknoten, 1 fl. ö. W. mit 4 fl. poln. gerechnet, zu entrichten, denn die in Krakau gangbar gewesene polnische Währung, in welcher das Darlehen geschlossen wurde, ist in einem Theile der österreichischen Monarchie ausgegeben worden, kann also nicht als eine ausländische, sondern nur als inländische Silberwährung betrachtet werden, statt deren

der Gläubiger die Noten der österreichischen Nationalbank, wenn der Schuldner mit denselben zahlen will, nach ihrem Nominalwerthe anzunehmen verpflichtet ist im Sinne des kaiserlichen Patentes vom 2. Juni 1848, J. G. S. Nr. 1157. Zur Zahlung der Zinsen könnte der Beklagte auch nur auf Grund seiner abgegebenen Erklärung verurtheilt werden, und da er diese Erklärung bestreitet, die Klägerin aber behauptet und durch den Haupteid beweisen will, er habe ihrem Machthaber die Zahlung sowohl des Capitales als der Zinsen zugesagt, so mußte in Betreff der Zinsen auf den Haupteid erkannt werden. Die Einwendung der Verjährung, welche der Beklagte den älteren als dreijährährigen Zinsen entgegengesetzt hat, wurde deshalb berücksichtigt, weil die Klägerin nicht bewiesen hat, die Verjährung gegen B unterbrochen zu haben und die gegen den ursprünglichen Schuldner M vorgenommenen Executionsschritte die Unterbrechung der Verjährung gegen den Intercedenten B an und für sich nicht bewirkt haben.

Nr. 2770.

Behandlung von Forderungen der in Gütergemeinschaft lebenden Gattin beim Concurs über das Vermögen des Gatten.

Entsch. v. 3. April 1867, Nr. 2026 (Best. der Urth. des B. G. Weitra v. 3. Juni 1866, Nr. 1186, und des O. L. G. Wien v. 5. September 1866, Nr. 13946). G. H. 1868, S. 151.

Gegen die Klage der A wider die Concursmasse ihres Ehegatten B pto. Liquidhaltung einer mit Schuldschein vom Jahre 1864 verbrieften und bei der dem Cridar gehörigen Hälfte des Hauses X intabulirten Darlehensforderung von 1765 fl. wendete der Concursmassevertreter die von den Ehegatten in den Ehepacten vom Jahre 1862 errichtete allgemeine Gütergemeinschaft ein. Die Klägerin wurde in allen Instanzen abgewiesen. Gründe der dritten Instanz: Bei dem Bestande der allgemeinen Gütergemeinschaft, vermöge welcher nun nach eröffnetem Concurs über das Vermögen des Ehemannes das gemeinschaftliche Vermögen wie beim Tode zu theilen (§. 1262 a. b. G. B.), mithin von demselben vor der Theilung alle Schulden ohne Ausnahme abzuziehen waren (§. 1235), stellte sich die angemeldete Forderung der Klägerin zugleich als eine von dem gemeinschaftlichen Vermögen abzuziehende Schuld dar, so daß sie nur im Falle eines verbleibenden Restes vom Gemeinschaftsvermögen — aus dem in der Klage nicht geltend gemachten Titel der Gütergemeinschaft — eine Herauszahlung ansprechen kann. Es läßt sich nicht behaupten: die Klägerin habe sich nur gefallen zu lassen, daß ihr Antheil an dem

Rest des Gemeinschaftsvermögens durch den Abzug ihrer Forderung verhältnißmäßig sich vermindere, und es sei, insoferne sie Gläubigerin ihres Ehegatten ist, ihre Concurrenz mit den übrigen Concursgläubigern dadurch nicht ausgeschlossen; denn da jetzt die Gütergemeinschaft in Folge der Concurseröffnung ihre gesetzliche Wirksamkeit äußert, ist die Forderung ebenso wie die Schuld als eine gemeinschaftliche anzusehen, so daß eine die andere aufhebt. Auch liegt in der Ausstellung des Schuldscheines vom Jahre 1864 durchaus keine Aufhebung der früher errichteten allgemeinen Gütergemeinschaft, da das Bestehen einer in der Regel nur auf den Todesfall verstandenen allgemeinen Gütergemeinschaft die einseitige Contrahirung und Erfüllung von Verpflichtungen ja nicht ausschließt, wenn auch dann, im Todesfalle oder in dem gleiche Wirkung habenden Concursfalle, alle Activen und Passiven als gemeinschaftliche zu behandeln sind.

Nr. 2771.

Klage der in Gütergemeinschaft lebenden Gattin gegen die Concursmasse auf Anerkennung ihres Eigenthumes an Mobilien.

Entsch. v. 3. April 1867, Nr. 2027 (Best. der Urth. des B. G. Weitra v. 8. Juni 1866, Nr. 1185, und des O. L. G. Wien v. 5. Sept. 1866, Nr. 13047). G. H. 1868, S. 151.

Gegen die Klage der A wider die Concursmasse ihres Ehegatten B pto. Anerkennung des Eigenthums an Mobilien, welche in die Masse eingezogen worden waren, wendete der Concursmassevertreter die von den Ehegatten errichtete allgemeine Gütergemeinschaft ein. Die Klägerin wurde in allen Instanzen abgewiesen. Gründe der dritten Instanz: Bei dem Bestehen der allgemeinen Gütergemeinschaft kann die Klägerin nach §. 1262 a. b. G. B. die in die Gemeinschaft mitgebrachten Fahrnisse nicht als ihr Alleineigenthum aus der Concursmasse des Ehemannes fordern, sondern sie hat nur — aus dem der Klage nicht zu Grunde gelegten Titel der Gütergemeinschaft — den Anspruch auf Theilung des Restes, der nach Abzug aller von ihr oder ihrem Gatten gemachten Schulden von dem Gemeinschaftsvermögen übrig bleiben mag.

Nr. 2772.

Legitimation des Curator absentis zur Klagbeantwortung vor der Edictalvorladung.

Entsch. v. 3. April 1867, Nr. 2670 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Triest v. 15. Jänner 1867, Nr. 308, und des O. L. G. Triest v. 6. Februar 1867, Nr. 483). Gazz. d. Trib. 1867, Nr. 10. G. Z. 1868, Nr. 34.

Auf die beim Handelsgerichte Triest angebrachte Wechselklage des A gegen den nach Angabe des Klägers in Venedig ansässigen B wurde der Zahlungsauftrag erlassen, nach Hofdecret vom 11. Mai 1833, J. G. S. Nr. 2612, das Gericht des Wohnortes des Beklagten um die Zustellung der Zahlungsauflage angegangen und für denselben ein Curator bestellt, welcher innerhalb der gesetzlichen Frist von drei Tagen (§. 7 des Gesetzes vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52, über den Wechselproceß), ohne das Eintreffen der Bescheinigung der Zustellung an den Beklagten abzuwarten, für ihn die Einwendungen gegen den Zahlungsauftrag anbrachte. Seine Eingabe wurde von beiden Untergerichten a limine zurückgewiesen, weil nach dem Wesen der im Sinne des citirten Hofdecretes ihm übertragenen Curatel von einer activen Vertheidigung des Beklagten, wie sie mit den angebrachten Einwendungen beabsichtigt ist, so lang nicht die Rede sein kann, als weder die Zustellung der Klage an den Letzteren ausgewiesen, noch der im citirten Hofdecrete bezeichnete Fall seiner edictalen Vorladung eingetreten ist.

Vom obersten Gerichtshofe wurde mit Abänderung dieser Verordnungen dem Gerichte erster Instanz die Erledigung des Anbringens des Curators mit Abstandnahme von dem erwähnten Abweisungsgrunde aufgetragen, weil das Gericht sich von Amtswegen nicht auf die Beurtheilung einzulassen hatte, ob der für den Beklagten bestellte Curator zur Ueberreichung der Einwendungen befugt war.

Nr. 2773.

Mandatsverfahren: Bewilligung der executiven Feilbietung auf Grund der zur Sicherstellung vorgenommenen Pfändung und Schätzung.

Entsch. v. 9. April 1867, Nr. 2723 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Spalato v. 24. Nov. 1866, Nr. 4758, und des O. L. G. Zara vom 12. Jänner 1867, Nr. 128). G. H. 1867, S. 311.

In Folge der Einwendungen, welche B gegen den auf die Klage des A pto. 4000 fl. ihm ertheilten Zahlungsbefehl vorbrachte,

begehrte und erwirkte A die sicherstellungsweise Pfändung und Schätzung des Hauses des B und begehrte, nachdem der Zahlungsbefehl durch rechtskräftiges Urtheil bestätigt worden war, die executive Feilbietung des Hauses, welche von beiden Untergerichten auf Grund des Urtheils und der vorausgegangenen Executionsschritte (provisorische Pfändung und Schätzung) nach den §§. 396, 426, 428, 429 west. G. O. bewilligt wurde. Dagegen ergriff B den Revisionsrecurs, worin er geltend machte, daß A mit der sicherstellungsweisen Pfändung und Schätzung das pignus praetorium an dem Hause nicht erworben habe und daher nicht sofort zur executiven Feilbietung schreiten könne.

In Erwägung, daß die nach §. 7 der kaiserl. Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, dem Gläubiger auf den Zahlungsbefehl zur Sicherstellung bewilligte Execution mittelst Pfändung und Schätzung, oder, wenn der Kläger bereits das Pfandrecht hat, mittelst der Schätzung, eben auch eine Execution ist und von der im 31. Capitel der westg. G. O. normirten Execution zur Realisirung einer Forderung sich nur darin unterscheidet, daß sie wirkungslos wird und nicht mehr fortgesetzt werden kann, wenn durch gerichtliche Entscheidung erkannt wurde, daß es von dem Zahlungsbefehle abzukommen habe, und mit Bezugnahme auf die Motive der Untergerichte, hat der oberste Gerichtshof den Recurs verworfen.

Nr. 2774.

Nichteinrechnung der Ferialtage in die Frist zur Appellationsbeschwerde.

Entsch. v. 9. April 1867, Nr. 2783 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. der inneren Stadt Wien v. 16. Jänner 1867, Nr. 3239, und des O. L. G. Wien v. 12. Februar 1867, Nr. 2719). G. Z. 1868, Nr. 69.

Nr. 2775.

Mandatsproceß wider den noch nicht als Eigenthümer eingetragenen Erben des Pfandschuldners.

Entsch. v. 9. April 1867, Nr. 2896 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 28. Dec. 1866, Nr. 18005, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 5. Februar 1867, Nr. 1918). G. Z. 1867, Nr. 68.

A suchte gegen B, den Erben seines Pfandschuldners M, um die Zahlungsauflage an und berief sich darauf, daß das verpfändete Gut dem B speciell eingeantwortet sei. Die erste Instanz beschied die Hypothekarklage um die Einrede und verweigerte den Zahlungs-

auftrag, weil der Umstand, daß der Geklagte derzeit bücherlicher Eigenthümer des Hypothekarhauses sei, nicht nachgewiesen ist. Die zweite Instanz erließ jedoch denselben in der Erwägung, daß die Klage wider den Satzschuldner und rücksichtlich dessen Erben gerichtet ist, daher der Nachweis der Eigenthumseinverleibung für den Erben auf die Pfandsache nicht erforderlich war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die letztere Entscheidung in der Erwägung, daß der Nachweis der Einverleibung des Eigenthumsrechtes des Erben auf das Pfandgut durch die Einantwortung und den Grundbuchsauszug, beides öffentliche Urkunden, genügend dargethan ist, wonach nur der Erbe B allein zum Besitze des Hauses, um welches der verstorbene M noch vergewährt ist, berechtigt erscheint.

Nr. 2776.

Relicitation: Anspruch des Executen auf das ganze bei der ersten Feilbietung erzielte Meistgebot.

Entsch. v. 9. April 1867, Nr. 2899 (Best. des das Decret des B. G. Scheibbs v. 2. Juni 1866, Nr. 2615, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 12. Februar 1867, Nr. 2428). G. Z. 1867, Nr. 68.

A hatte bei der executiven Feilbietung die Realität des B um 2600 fl. erstanden, war jedoch mit den Zahlungen des Preises im Rückstande geblieben, und bei der darauf vorgenommenen Relicitation wurde dieselbe Realität nur um 2300 fl. an Mann gebracht. Doch reichten die von A früher geleisteten Zahlungen hin, um alle Hypothekargläubiger zu befriedigen; ja es erübrigten noch circa 100 fl. Die erste Instanz wies selbe bei der Vertheilung des Kaufschillings dem A zu. Denn diese 100 fl. seien kein Vadium, sondern eine Kaufschillingsrate, welche nicht als verfallen angesehen werden könne; „sie wurden nach Befriedigung der Satzgläubiger erübrigt", gebühren daher nicht dem Executen, sondern dem früheren Ersteher auf seine Ratenzahlung. Die zweite Instanz erkannte aber, daß diese 100 fl. dem Executen zukommen. Denn A hat die ganze Differenz zwischen seinem Meistgebote und dem späteren geringeren Meistgebote mit 300 fl. dem Executen als gewesenen Eigenthümer der veräußerten Realität zu vergüten, daher auch den nach Verwendung des Betrages von 200 fl. der von ihm geleisteten Zahlung zur Abfertigung der Hypothekargläubiger bleibenden Rest dieser Differenz von 300 mit 100 fl.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung in Anbetracht, daß zur Deckung des Ausfalles per 300 fl. von dem ersten Meistgebote auch noch diese nach Abfertigung der Satzgläubiger erübrigten 100 fl. in Anspruch genommen werden müssen.

Nr. 2777.

Unzulässigkeit der Befriedigung des Hypothekargläubigers aus der für das abgebrannte Haus von der Versicherungsanstalt geleisteten Entschädigung.

Entsch. v. 10. April 1867, Nr. 2918 (Best. des das Decret des B. G. Königswarth v. 16. Oct. 1866, Nr. 4122, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 7. Jänner 1867, Nr. 29413). G. Z. 1867, Nr. 72.

Für das abgebrannte Haus des A wurde von einer Versicherungsgesellschaft der Betrag von 500 fl. gerichtlich erlegt. Der Gläubiger B bat um Bedachtnahme auf seine Pfandforderung an A von 140 fl.; Letzterer aber erklärte, er lasse sich dadurch in der Erhebung des Entschädigungsbetrages nicht beirren und bat um Erfolglassung der 500 fl. Das Bezirksgericht willfahrte diesem Begehren und wies den B mit seinem Gesuche ab, weil dieses ein Verbot involvire und unstatthaft sei. Die zweite Instanz verweigerte dagegen die Erfolglassung, indem ein solcher Entschädigungsbetrag nur zum Aufbau der abgebrannten Realität verwendet werden darf, A aber dadurch, daß er bei der gerichtlich geschehenen Berechnung und Vertheilung des Entschädigungsbetrages unter mehrere seiner Gläubiger seine Zustimmung hiezu gegeben, deutlich an den Tag gelegt hat, daß er diese Entschädigungssumme nicht zum Aufbau seines abgebrannten Hauses zu verwenden gedenke, was auch vom Bezirksgerichte bestätigt wird, daher ohne vorläufige Zustimmung der Assecuranzanstalt eine andere als die statutenmäßige Verwendung der Entschädigungssumme unzulässig ist, und endlich auch mehreren Gläubigern gerichtliche Verbote auf diese Summe bewilligt worden sind, welche noch aufrecht bestehen, obwohl sie nach dem Hofdecrete v. 18. Juli 1828, J. G. S. Nr. 2354, hätten nicht bewilligt werden sollen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Verweigerung, weil die von den Assecuranzanstalten geleisteten Brandschadenvergütungen nach der in dem (durch das Hofdecr. v. 18. Juli 1828, J. G. S. Nr. 2354, den Gerichtsbehörden zur Nachachtung bekanntgemachten) Hofkanzleidecrete vom 5. Juni 1828, ausgesprochenen a. h. Absicht unfehlbar ihrem Zwecke gemäß zur Herstellung der beschädigten Gebäude verwendet werden sollen.

Nr. 2778.

Besitzstörung: Stillschweigende Duldung der Besitzacte?

Entsch. v. 16. April 1867, Nr. 2921 (Best. des Decr. des B. G. Podersam v. 26. Oct. 1866, Nr. 8734, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 19. Dec. 1866, Nr. 29391). G. H. 1867, S. 303.

Der Klage des A wider B wegen Störung im Besitz des Fahrweges auf dem Grundstück des Beklagten durch das Ziehen eines die

Fahrt verhindernden Grabens wurde vom obersten Gerichtshof aus folgenden Gründen stattgegeben: Der Umstand, daß A und sein Auctor seit vielen Jahren über das Feld des B fuhren, ist von mehreren Zeugen bestätigt und hiemit bewiesen worden, daß der Kläger sich in der factischen Ausübung des Fahrens befand. Wenn nun der Beklagte in Abrede stellt, davon Kenntniß gehabt zu haben, so ist einerseits nicht anzunehmen, daß, was so viele andere Leute im gemeinsamen Wohnort der Streittheile gesehen haben, ihm allein verborgen geblieben sein soll, und andererseits ist dies schon deshalb unmöglich, weil das Befahren eines Feldes offenbare Spuren hinterläßt, die von ihm, als Eigenthümer desselben, nicht unbemerkt bleiben konnten, wenn er auch beim Fahren selbst nicht zugegen war, zumal da, wie ein Zeuge aussagte, sogar über die Saat gefahren wurde. Es muß daher angenommen werden, daß B durch eine Reihe von Jahren das Fahren des A stillschweigend geduldet hat, durch welche Duldung der Letztere in den Besitz des Fahrtrechtes gekommen ist.

Nr. 2779.

Hemmung der Execution wegen einem Dritten drohenden unwiederbringlichen Nachtheils.

Entsch. v. 16. April 1867, Nr. 3043 (Best. des Decr. des H. G. Wien v. 14. März 1867, Nr. 25724, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 26. März 1867, Nr. 5400). G. Z. 1867, Nr. 70. G. H. 1867, S. 310.

B hatte wegen Wechselforderungen wider die Concursmasse des C in Fortsetzung der Execution die Bewilligung zur Feilbietung einer Wechselforderung des C an den Acceptanten A von 960 Ducaten erwirkt. Der Letztere überreichte nun eine Klage wider B und die Concursmasse des C um Aufhebung, mittlerweile Sistirung der Feilbietung, weil laut Empfangscheinen des C über 3000 fl. und 2000 fl. der Wechsel per 960 Ducaten schon bezahlt sei, ja C noch weitere 350 fl. erhalten habe, durch die Vornahme der Feibietung aber ihm die Geltendmachung dieser Zahlungen erschwert und er Chicanen ausgesetzt werde. Das H. G. bewilligte die Sistirung gegen eine Caution von 1000 fl.; die zweite Instanz aber verweigerte dieselbe. Denn durch die beabsichtigte Veräußerung der Forderung des C an A, welche Veräußerung allerdings zur Folge hätte, daß der Ersteher statt des C klagbar auftreten würde, droht dem A kein anderer Nachtheil, als der ihm bevorstünde, wenn C oder dessen Concursmasse, oder der Pfandgläubiger B die Forderung aus dem Wechsel geltend machte. In jedem dieser Fälle stünde dem A zu, seine Einwendungen gegen den Bestand der Forderung anzubringen; wenn er aber durch allfällige

Schritte des Klägers, um Sicherstellung für die eingeklagte Forderung zu erlangen, in irgend einer Weise Schaden erlitte, so ist dieses kein Schaden, der ihm durch die Executionsführung von Seite des B zuginge, da der Nachtheil derselbe ist, ob C, beziehungsweise dessen Concursmasse, oder ob der in die Rechte der letzteren tretende Ersteher klagbar auftritt. Auf diesen Fall paßt daher, da die Einwendungen des A nicht beirrt werden, sowie seine Lage im Processe nicht verändert wird, es mag C, der ja noch keineswegs erklärt hat, daß seine Forderung an A erloschen sei, oder der Eesteher als Kläger auftreten, mithin sein Recht durch die Executionsführung selbst nicht gekränkt ist, der zweite Satz des Art. 3 des Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, nicht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch die erstgerichtliche Sistirung der Feilbietung, weil die gesetzlichen Bedingungen einer solchen mit Rücksicht auf die beigebrachten Behelfe und den Erlag einer Caution, dann auf die größeren Schwierigkeiten, welche für A mit der Geltendmachung seines Anspruches auf Rückstellung des Wechsels, bei dessen Uebergang in die Hände eines dritten Erstehers, immerhin verbunden sein könnten, als genügend erfüllt anzusehen sind.

Nr. 2780.

Executivproceß auf Grund eines kriegsgerichtlichen Urtheils.

Entsch. v. 16. April 1867, Nr. 3128 (Best. des Decr. des L. G. Wien vom 15. Jänner 1867, Nr. 2315, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 12. Februar 1867, Nr. 2967). G. Z. 1867, Nr. 69.

A belangte den gewesenen Officier B auf Zahlung von 700 fl., gestützt auf den beglaubigten Auszug eines kriegsgerichtlichen Urtheils, worin ihm, A, diese 700 fl. zuerkannt, und auch die Clausel „kundgemacht und vollzogen“ enthalten war. Die erste Instanz ordnete hierüber eine Tagsatzung nach §. 298 a. G. O. — wie gebeten — an; die zweite aber verordnete, blos mit Anberaumung einer Tagsatzung nach §. 16 a. G. O. vorzugehen in der Erwägung, „daß die der Forderung zu Grunde liegende Urkunde in Beziehung ihrer äußeren Form nicht die Einleitung des Executionsverfahrens rechtfertigt“.

Auf Revisionsrecurs des Klägers, welcher in dieser Begründung den Umstand vermißte, in welcher Richtung die äußere Form der öffentlichen Urkunde mangelhaft sei, bestätigte der oberste Gerichtshof den Bescheid erster Instanz, weil die Beilage der Klage sich als eine von einer hiezu berechtigten öffentlichen Behörde, dem Militärgerichte, ausgestellte Beurkundung eines dem A durch ein als vollziehbar erklärtes kriegsgerichtliches Urtheil zuerkannten Ersatzanspruches darstellt,

in der äußeren Form dieser Urkunde kein der Einleitung der im §. 298 a. G. O. und in dem Hofdecr. v. 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, vorgesehenen Verfahrungsart entgegenstehendes Gebrechen gefunden werden kann, und auch bei Einleitung dieser Verfahrungsart die hinsichtlich des Rechtsbestandes des Ersatzzuspruches dem Geklagten etwa zu Gebote stehenden Einwendungen geltend gemacht werden können.

Nr. 2781.

Legitimation des Vertretungsleisters zur Einlegung von Rechtsmitteln für die Vertretenen. Behandlung einer auf verschiedenen idealen Theilen des feilgebotenen Grundstückes in verschiedener Reihung sichergestellten Forderung.

Entsch. v. 16. April 1867, Nr. 3159 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Steyr v. 3. Dec. 1866, Nr. 7004 und des O. L. G. Wien vom 12. Februar 1867, Nr. 1538). G. H. 1867, S. 239.

Auf dem im Executionswege verkauften Bauerngut der Eheleute D und E haftet seit 1864 eine Satzpost von 800 fl., die von dem ursprünglichen Gläubiger auf A und von diesem auf B durch Cession grundbücherlich überging. Auf dem nämlichen Gut haftet eine Forderung des C von 1300 fl. und zwar seit 1863 nur auf der Eigenthumshälfte des D, seit 1865 aber auf der ganzen Liegenschaft. Bei der Meistgebotsvertheilung wurde vom Gericht erster Instanz C mit seiner Forderung vor dem B auf den ganzen Kaufschilling angewiesen. In Folge dessen ging B mit einem Theilbetrag seiner Forderung leer aus, den er nicht verloren haben würde, wenn C mit einer Forderung vor ihm nur auf die dem Gutsantheil des Executen D entsprechende Hälfte des Meistgebotes angewiesen worden wäre. Diese Vertheilung nun war der Grund des von A als Cedent und Vertretungsleister des B dagegen angebrachten Recurses, welchen das O. L. G. aus dem formellen Grund der dem A mangelnden Legitimation zur Ergreifung des Rechtsmittels und aus meritorischen Gründen verwarf.

In Erwägung, daß A, insoferne er als Cedent des B demselben die Vertretung leistet, nicht als zur Ergreifung des Appellationsrecurses gegen die angefochtene Meistgebotsvertheilung unberechtigt anzusehen war; daß bei einer verschiedenen Belastung der zwei Hälften einer im Executionswege versteigerten Liegenschaft der auf der einen Hälfte in der Priorität stehende Pfandläubiger allerdings mit seiner ganzen Forderung aus dieser Hälfte sich zahlhaft machen kann, dies aber selbstverständlich nur so weit möglich ist, als diese Hälfte, resp. die Hälfte des Kaufpreises, dazu hinreicht; daß es hiernach nicht

angeht, bei der Vertheilung des Meistgebotes für das Bauerngut der Eheleute D und E der nur auf der Gutshälfte des D der Satzpost des B grundbücherlich vorangehenden Forderung des C den Vorrang auch auf der Gutshälfte der E einzuräumen; daß vielmehr eine dem Tabularstand entsprechende Vertheilung des Meistgebotes nur durch die Theilung des ganzen Kaufschillings in zwei Hälften und durch Zuweisung jeder Hälfte nach Maßgabe der Rangordnung der auf der ganzen Liegenschaft oder nur auf der einen oder der anderen Hälfte des Gutes haftenden Forderungen erzielt werden kann, hat der oberste Gerichtshof auf den a. o. Revisionsrecurs des A dem Gerichte erster Instanz aufgetragen, mit Beachtung des Umstandes, daß die Satzpost des C nur auf der einen Hälfte der im Executionswege veräußerten Liegenschaft der Forderung des B im Grundbuch vorgeht, ein neues Meistgebotsvertheilungs-Erkenntniß zu schöpfen.

Nr. 2782.

Bauernerbfolge: Fortbestand der die Befriedigung der Miterben erleichternden Bestimmungen nach Aufhebung des Unterthänigkeitsverbandes.

Entsch. v. 17. April 1867, Nr. 2094 (Best. des Urth. des B. G. Mogila v. 31. Dec. 1865, Nr. 2950, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau vom 10. Oct. 1866, Nr. 11547). G. H. 1868, S. 243.

Der Vormund der A belangte deren Schwester B, welcher nach der Bauernerbfolge die Rusticalwirthschaft ihres gemeinschaftlichen Vaters gegen Befriedigung der A mit ihrem Erbtheilsanspruch eingeantwortet worden war, auf sofortigen Erlag des gerichtlich auf 402 fl. festgestellten Betrages der Erbportion der A bei der Waisencasse. Das Gericht erster Instanz verurtheilte die B zum Erlag, jedoch mit Bewilligung von Raten nach §. 3 des Patentes vom 3. April 1787, J. G. S. Nr. 658. Das O. L. G. hingegen condemnirte die B zum sofortigen Erlag der vollen Klagsumme, weil die dem Grunderben in dem früheren Gesetze eingeräumte Berechtigung zur fristenweisen Auszahlung der Miterben nur ein Zugeständniß an den mit Urbarialleistungen vielfach beschwerten Grundbesitz gewesen sei und zur Zeit, wo die Urbariallasten längst aufgehoben sind, eine solche Bevorzugung des Grunderben nicht mehr gerechtfertigt und eine Ungerechtigkeit gegen die Miterben sein würde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Erkenntniß und bemerkte gegen die obergerichtliche Motivirung, daß ungeachtet des aufgehobenen Unterthänigkeitsverbandes, die auf die Erbfolge in Rusticalgüter und insbesondere auf Befriedigung der Miterben durch den Stammerben bezugnehmende Vorschrift aufrecht erhalten und

durch die Ministerialverordnung vom 2. November 1855, Nr. 1 des R. G. Bl. vom Jahre 1856 sogar erst ausdrücklich auf das Krakauer Gebiet ausgedehnt worden ist.

Nr. 2783.

Messenstiftung: Verpflichtung des Besitzers eines mit einer solchen belasteten Grundstückes zur Zahlung ohne Nachweis der Persolvirung der Messen.

Entsch. v. 17. April 1867, Nr. 2692 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 8. August 1866, Nr. 46408, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 12. Dec. 1866, Nr. 20488). G. H. 1867, S. 298.

Zur Ausführung einer letztwilligen Messenstiftung des Herrschaftsbesitzers M hatte dessen Erbe N die Stiftungsurkunde des Inhaltes, daß bei der Herrschaft ein ewiges Capital von 1000 fl. verbleiben und davon die jährlichen 5 % Zinsen zur Lesung von zwei Messen in jeder Woche verwendet und dem Persolventen ausgezahlt werden sollen, errichten und auf der Herrschaft intabuliren lassen. Mit dieser Last erwarb B das herrschaftliche Gut und nachdem er in Concurs gerathen war, wurde von dem bischöflichen Ordinariat im Jahre 1865 die Anmeldungsklage mit der Bitte überreicht, daß das Stiftungscapital per 1000 fl. nebst den seit 4. Februar 1862 ausstehenden Zinsen unter Location in der zweiten Classe als liquid erklärt werde. Das Gericht erster Instanz gab dem Klagbegehren nur für das Capital statt, weil die vom Concursmassevertreter abgeleugnete Persolvirung der Messen seit 1862 von dem Kläger nicht bewiesen wurde. Das O. L. G. hingegen liquidirte aus folgenden Gründen auch den Zinsenanspruch: Die Verpflichtung zur Zahlung der Zinsen auf Seite des Besitzers der dafür verpfändeten Herrschaft ist eine unbedingte und kann von ihm ohne Bewilligung der mit der Aufrechthaltung der Stiftung betrauten Behörde nicht abgelehnt werden. Er hat dafür eine Gegenleistung nicht zu fordern, weil die Persolvirung der Messen nicht für ihn, sondern dem Stifter gilt. Ist aber die Messenlesung nicht eine dem Besitzer der Pfandsache gebührende Gegenleistung, so hat er kein Recht, den Beweis der Persolvirung zu fordern. Daß dieselbe nach der Intention des Stifters stattfinde, ist Sache des mit der Sorge für die Erfüllung betrauten Ordinariates, welches sich darüber nicht bei dem Pfandschuldner, sondern bei der competenten Kirchenbehörde auszuweisen hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. mit Bezugnahme auf die Gründe desselben und in weiterer Erwägung, daß die Persolvirung der Messen und deren Zahlung von der

vorläufigen Zinsenabstattung, jedoch für den Pfandschuldner selbst nur mit analoger Anwendung des §. 709 a. b. G. B., nicht resolutiv, sondern nur suspensiv bedingt war, weil er sich sonst durch einen Zinseurückstand von der ferneren Entrichtung der Zinsen im Widerspruch mit der Stiftungsurkunde und offenbar widerrechtlich befreit haben würde.

Nr. 2784.

Haftung des Verwahrers für das ihm entwendete Depositum?

Entsch. v. 17. April 1867, Nr. 2846 (Best. des Urth. des B. G. Hradisch v. 28. Dec. 1866, Nr. 13371, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn vom 6. Februar 1867, Nr. 1339). G. Z. 1867, Nr. 71.

A hatte dem Uhrmacher B im Sommer 1866 eine Uhr zur Reparatur übergeben und belangte ihn auf Ersatz des Werthes derselben, weil sie dem B gestohlen worden sei. Dieser entgegnete, daß die Uhr schon fertig, aber von A nicht abgeholt worden war, als drei preußische Soldaten als Kauflustige in sein Gewölbe kamen, deren einer, als er, B, sich um noch andere Uhren zu holen, in das Nebenzimmer entfernt, ungeachtet der Anwesenheit seiner Gattin und seines Lehrjungen die Uhr des A entwendete und die Flucht ergriff, auch, obschon er verfolgt wurde, doch entkam und später nicht mehr ausgeforscht werden konnte. Die erste Instanz wies den Kläger ab, aus folgenden Gründen: „In Anbetracht der vorliegenden Umstände muß die Entwendung der fraglichen Uhr bezüglich des B, welcher hier neben seiner Eigenschaft als Besteller zu einer Arbeit auch als Verwahrer anzusehen ist, als ein bloßer Zufall angesehen werden, indem hieraus hervorgeht, daß er die Pflichten, die ihm als Verwahrer der Uhr oblagen, erfüllt, die zur Sicherung dieses Objectes vor Schaden nöthige gewöhnliche Sorgfalt — denn eine außergewöhnliche wird vom Gesetze nicht verlangt — an den Tag gelegt hat. Nach §. 964 a. b. G. B. haftet der Verwahrer dem Hinterleger blos für den durch die Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge verursachten Schaden, aber nicht für den Zufall." Die zweite Instanz erkannte auf Ersatzpflicht des B. „Denn, da er die reparirte Uhr dort aufhängte, wo sich gewöhnlich die Reparaturuhren befinden, und da sie ihm von diesem Orte, ungeachtet seine Ehegattin und der Lehrjunge im Zimmer anwesend waren, entwendet wurde, so geht daraus hervor, daß sie ohne allen Verschluß in einem Zimmer aufgehängt war, in welches den Leuten der Zutritt gestattet gewesen ist und daß bei ganz gewöhnlichen Fähigkeiten erkannt werden kann, daß eine Entwendung besonders dann leicht möglich ist, wenn sich der Meister selbst aus dem Verwahrungsorte entfernt. Eine solche Verwahrungsart einer

goldenen, daher werthvolleren Uhr kann nicht eine sorgfältige genannt werden, und dies umsoweniger, als der Geklagte selbst anführt, es sei bloßer Zufall, daß die feindlichen Soldaten gerade die Uhr des Klägers in die Hände bekommen haben und sie eben so gut eine andere hätten entwenden können, somit selbst zugibt, daß eine Entwendung leicht eintreten konnte."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil: „Für den Geklagten streitet nämlich nach §. 1296 a. b. G. B. die Vermuthung, daß der Schaden des Klägers ohne sein Verschulden entstanden sei, und wenn ihm auch nach §. 1298 a. b. G. B. der Beweis obliegt, daß ihm kein Verschulden zur Last falle, weil er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit gehindert ist, so hat doch selbst der Kläger ein anderes Verschulden des Geklagten nicht behauptet, als den Mangel der pflichtmäßigen Obsorge für die Uhr, weil er sie nicht einschloß. Hierin liegt aber kein Verschulden des Geklagten, welcher als Verwahrer der ihm anvertrauten Taschenuhr nach §. 964 a. b. G. B. nur aus der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge, nicht aber für den Zufall haftend ist. Er war nicht verpflichtet, sie unter besonderen Verschluß zu nehmen, da ihm sein Arbeitszimmer hinlängliche Sicherheit bot, umsomehr, als seine Gattin und sein Lehrjunge sich dort befanden. Es kann ihm daher nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn er die Uhr des Klägers neben den anderen Uhren in seinem Zimmer aufhängte, wie es bei jedem Uhrmacher üblich ist. Der Schaden, welcher blos durch Zufall entstand, trifft daher den Kläger."

Nr. 2785.

Einfluß der Appellation gegen ein durch mehrere Eide bedingtes Urtheil auf den Antritt der nicht ausdrücklich in Beschwerde gezogenen Eide.

Entsch. v. 24. April 1867, Nr. 3368 (Abänd. des das Decr. des H. G. Wien v. 22. Juli 1866, Nr. 18711, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 19. März 1867, Nr. 4908). G. Z. 1867, Nr. 70.

In der Rechtssache des A wider B hatte die erste Instanz über sieben Punkte, darunter bei sechs auf dem Kläger aufgetragene, rückschiebbare Haupteide erkannt. Dieser überreichte die Appellationsanmeldung und Beschwerde, weil er durch den ganzen Inhalt des Urtheils sich beschwert fühle und führte die letztere in Bezug auf 3 der sieben Punkte und bezüglich der Gerichtskosten aus. Die zweite Instanz änderte in zwei Punkten die Haupteide ab, ließ vier Punkte, die durch Haupteide zu beweisen waren, unberührt, bestätigte den ersten

Punkt und bestimmte eine Frist von drei Tagen nach Rechtskraft des Erkenntnisses zur Antretung blos der zwei abgeänderten Haupteide. Am fünften Tage nach der Zustellung des obergerichtlichen Urtheils trat der Beklagte B die vier Haupteide bezüglich der unberührt belassenen, somit für rechtskräftig gehaltenen Punkte als stillschweigend zurückgeschoben an, worüber die erste Instanz eine Tagsatzung zur Prüfung der Eidesformeln, und als Kläger seinerseits am 9. Tage nach der Urtheilszustellung, als nach Rechtskraft desselben, die Eide bezüglich aller sechs Punkte antrat, gleichfalls eine Tagsatzung — ohne weiteren Beisatz — anordnete. Die zweite Instanz verordnete, beide Gesuche als verspätet angebracht zurückzuweisen. „Denn nach §. 258 a. G. O. soll in dem Falle, wenn das Urtheil mehrere Punkte enthält, der Appellationswerber jene klar ausdrücken, wodurch er beschwert zu sein glaubt; jene aber, wider welche er sich nicht ausdrücklich beschwert hat, erwachsen in Rechtskraft und können nicht mehr abgeändert werden. Nachdem nun A in seiner Beschwerdeführung gegen das Urtheil des H. G. die Punkte desselben, durch welche er sich beschwert erachtete, ausdrücklich angeführt und als solche nur drei (und die Gerichtskosten) bezeichnet hat, so ist dieses Urtheil in den übrigen vier Punkten bereits mit Ablauf der Appellationsfrist in Rechtskraft erwachsen und sind deshalb auch diese Punkte in dem, seither gleichfalls bereits rechtskräftig gewordenen obergerichtlichen Urtheile ausdrücklich als unberührt gelassen bezeichnet worden. Demnach waren die in den vier Absätzen sententionirten Haupteide, nach der diesem erstrichterlichen Urtheile beigefügten Vorschrift, von dem Kläger binnen drei Tagen nach Rechtskraft des Urtheils anzutreten oder zurückzuschieben, widrigens sie als stillschweigend zurückgeschoben zu betrachten waren; und ebenso hatte der Beklagte diese Haupteide, als zurückgeschoben, binnen den nächsten drei Tagen anzutreten, widrigens das Widerspiel dessen, was er zu beschwören hatte, für wahr zu halten und er zu diesem Beweise nicht mehr zuzulassen war."

Auf Revisionsrecurs des Beklagten hat der oberste Gerichtshof die Entscheidung zweiter Instanz, soweit damit die Eidesantretungen beider Streittheile für verspätet erklärt wurden, behoben, dagegen, sofern damit das Eidesantretungsgesuch des Geklagten, B, zurückgewiesen wurde, bestätigt. „Da nämlich zwar der §. 258 a. G. O. die oberwähnte Vorschrift enthält, dagegen aber das Hofdecr. v. 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621, lit. k k, die Appellationsanmeldung als das Wesentliche des Appellationszuges und die Ausführung derselben — die Beschwerden — als entbehrlich bezeichnet, konnte Kläger nicht voraussetzen, das O. L. G. werde bei seiner allgemein gehaltenen Appellationsanmeldung jene Punkte des erstrichterlichen Urtheils, bezüglich deren sie nicht ausgeführt wurde, unberührt lassen, daher eine Rechtskraft des dem ganzen Inhalte nach angefochtenen Urtheils in den vier Punkten nicht annehmen, somit auch nicht die diesfälligen

Eide sogleich und vor herabgelangter obergerichtlicher Entscheidung antreten. Letztere wurde beiden Theilen am 16. Februar 1867 zugestellt, daher die am 25. Februar überreichte Eidesantretung des Klägers keineswegs verspätet war und mit Recht angenommen wurde, während das Eidesantretungsgesuch des Geklagten, überreicht am 21. Februar, vor Ablauf der dem Gegner zustehenden Frist verfrüht war, demnach als solches schon in erster Instanz hätte zurückgewiesen werden sollen. Durch gegenwärtige Entscheidung ist übrigens Recurrent B nicht schlechter gestellt als durch jene zweiter Instanz, vielmehr günstiger, da Kläger nun die Eide in den obigen vier Punkten ablegen muß, während nach der obergerichtlichen Erledigung er durch das Versäumniß des Geklagten von der Ablegung derselben befreit geworden wäre."

Nr. 2786.

Hemmung der Execution wegen Einleitung des strafgerichtlichen Verfahrens.

Entsch. v. 24. April 1867, Nr. 3418 (Best. des Decr. des B. G. Hallein v. 21. Februar 1867, Nr. 79, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 24. März 1867, Nr. 4392). G. H. 1867, S. 275.

Auf das beim forum cognitionis angebrachte Gesuch des Beklagten B um Einleitung des strafgerichtlichen Verfahrens gegen den Kläger A wegen Betrug durch Meineid und um Suspendirung des Eintrittes der civilrechtlichen Folgen des Urtheils, wodurch dem Klagbegehren unter der Bedingung der Eidesleistung des Klägers stattgegeben worden war, bis zur strafgerichtlichen Entscheidung, wurde von dem Gerichte die Anzeige des Verbrechens dem competenten Strafrichter abgetreten und die nachgesuchte Suspension der civilgerichtlichen Schritte nach Hofdecret vom 6. März 1821, J. G. S. Nr. 1743, verordnet. Das O. L. G. verweigerte die Sistirung, weil nach der Bestimmung des citirten Hofdecretes in dem Falle, wo es sich um die Execution handelt, die strafgerichtliche Anzeige keinen aufschiebenden Einfluß zu üben vermöge.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung, in Erwägung, daß das Hofdecr. v. 6. März 1821, Nr. 1743, zwar nur von solchen Anzeigungen eines Verbrechens spricht, die vor der Klage oder im Laufe des Processes vorkommen; daß aber hieraus die Nichtanwendbarkeit desselben auf das Vollstreckungsverfahren nicht gefolgert werden kann, weil es, nach seinem Eingang, nur auf die Anfrage hinsichtlich der während des Processes vorkommenden Indicien eines Verbrechens erlassen wurde und daher unmittelbar nur diese Anfrage zu beantworten hatte; daß, wenn das Gesetz in Betreff eines Anspruches, dessen Bestand bei strafgerichtlicher Feststellung eines Ver-

brechens entfallen würde, das Civilverfahren schon in dem noch nicht unmittelbar zur Realisirung des Anspruches führenden Stadium der Verhandlung und Entscheidung sistiren läßt, nicht abzusehen ist, warum die Sistirung nicht umsomehr sich auf das Executionsverfahren erstrecken soll; und daß nach der vom Civilrichter der ersten Instanz verfügten Vorlage der Criminalanzeige bei dem Strafgerichte nur mehr der Ausspruch des letzteren für die Entscheidung der Frage maßgebend sein kann, ob nämlich der den Zahlungsanspruch des Klägers A begründende Haupteid als giltig abgelegt zu betrachten sei.

Nr. 2787.

Rangordnung der gesetzlichen Pfandrechte verschiedener Vermiether.

Entsch v. 25. April 1867, Nr. 2943 (Best. des Decr. des B. G. Mariahilf in Wien v. 29. Dec. 1866, Nr. 20242, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 19. Februar 1867, Nr. 2878). G. Z. 1867, Nr. 53. G. H. 1867, S. 222.

A hatte die Pfandbeschreibung der Fahrnisse seines Miethers C erwirkt, und als dieser in das Haus des B übersiedelte, erwirkte der Letztere gleichfalls die Pfandbeschreibung. Auf Betreiben des A ward dann die fahrende Habe des Schuldners verkauft und nun widersetzte sich B der Erfolglassung des Erlöses an A, indem er sich darauf berief, daß die Effecten zuletzt in seinem Hause sich befanden. Die erste Instanz entschied für A, die zweite für B. Denn — so lautete die Begründung des Obergerichtes — A hat die Behauptung des B, daß derselbe den C wegen Zahlung des schuldigen Miethzinses per 91 fl. 50 kr. belangt habe, und daß zur Deckung des letzteren die veräußerten Effecten des C seit dem 2. Februar 1866, an welchem Tage derselbe in sein Haus zog, als Pfand für den Miethzins gedient haben, nicht widersprochen. A hat ferner weder behauptet noch dargethan, daß B von dem an den veräußerten Effecten des C früher erworbenen executiven Pfandrechte des Bittstellers Kenntniß hatte oder haben konnte. Derselbe hat auch von dem Rechte der Transferirung dieser Möbel keinen Gebrauch gemacht, sondern dieselben in Verwahrung des C belassen. Da nun dem Vermiether einer Wohnung zur Sicherstellung des Miethzinses nach §. 1101 a. b. G. B., Hofdecr. v. 13. April 1826, Nr. 10201, und vom 10. April 1837, J. G. S. Nr. 189, das gesetzliche Pfandrecht auch an jenen Sachen zusteht, welche dem Miether von einem Dritten anvertraut wurden, als eine anvertraute Sache sich aber auch die oberwähnten von A früher gepfändeten Effecten des C darstellen, — da ferner nach dem obcitirten Hofdecrete vom 10. April 1837 das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers von dem Zeitpunkte der Einbringung der Fahrnisse in die gemiethete Wohnung

beginnt und auch gegen jene Gläubiger des Miethers geltend gemacht werden kann, welche bereits früher Pfandrechte an der eingebrachten Fahrniß erworben haben, so mußte der Bittsteller, da der Vermiether B in die vom ersteren angesuchte Erfolglassung des diesfälligen Feilbietungserlöses nicht allein nicht gewilligt, sondern vielmehr selbst seine Ansprüche hierauf erhoben hat — mit seinem Erfolglassungsbegehren abgewiesen werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch den erstrichterlichen Bescheid in Erwägung, daß das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers für die Miethzinsforderung von dem Zeitpunkte der Einbringung der Effecten in die gemiethete Wohnung wirksam und durch die gerichtliche Beschreibung unbedingt auf den beschriebenen Effecten fixirt wird, und daß demnach, wo mehrere auf demselben privilegirten Titel beruhende Pfandrechtsansprüche concurriren, lediglich die Priorität der Wirksamkeit des in Rede stehenden Rechtes entscheidet.

Nr. 2788.

Zustellung der gerichtlichen, das Aerar betreffenden Mieth- und Pachtaufkündungen an die Finanzprocuratur.

Entsch. v. 30. April 1867, Nr. 3572 (Best. des Decr. des B. G. Klosterneuburg v. 18. Jänner 1867, Nr. 244, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 26. Februar 1867, Nr. 3714). G. H. 1867, S. 342.

Nachdem die gerichtliche Eingabe, womit das Stift Klosterneuburg der n. ö. Statthalterei für die n. ö. Landesbau-Direction die Pachtung eines Steinbruches aufkündigte, dem Statthalter am 8. Februar 1866 mit dem gerichtlichen Bescheid zugestellt worden war, wurde von der Finanzprocuratur in Vertretung des k. k. Aerars im Jänner 1867 gegen das Stift die Klage pto. Unwirksamkeit der Aufkündigung überreicht, vom Gerichte erster Instanz aufrecht verbeschieden, vom O. L. G. hingegen abgewiesen, weil die Zustellung der Kündigung bereits am 8. Februar 1866 geschehen, mithin die Klage nach §. 6 der Verordnung vom 16. Nov. 1858, R. G. Bl. Nr. 213, verspätet angebracht worden ist.

Auf den Revisionsrecurs der Finanzprocuratur, worin sie sich auf die Justizm.-Verordn. vom 29. Dec. 1857, Nr. 22464, berief, wurde vom obersten Gerichtshofe der Bescheid der ersten Instanz bestätigt, weil nach dieser Verordnung die Zustellung aller gerichtlichen Erledigungen in Streitsachen, die das k. k. Aerar oder die demselben gleichgehaltenen Fonde betreffen, nicht an die Administrativbehörde, sondern an die Finanzprocuratur zu vollziehen ist, mithin die, nach der Bitte des aufkündigenden Stiftes selbst, an die Statthalterei erfolgte Zustellung der Kündigung der Annahme der Anfechtungsklage der Recurrentin nicht im Wege steht.

Nr. 2789.

Executivproceß: Schuldschein.

Entsch. v. 30. April 1867, Nr. 3638 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 15. Jänner 1867, Nr. 2077, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 26. Februar 1867, Nr. 3508). G. H. 1867, S. 235.

Auf die Klage des A pto. Zahlung von 1500 fl., welche mit dem vom Beklagten geschriebenen und unterschriebenen, die Hingabe des Capitales von 1500 fl. bestätigenden und das Versprechen der Verzinsung und Zurückzahlung enthaltenden Briefe instruirt war, wurde in erster Instanz die vom Kläger begehrte Einleitung des Executivprocesses aus dem Grunde verweigert, weil in dem Briefe nicht ausdrücklich das Rechtsgeschäft als Darlehen bezeichnet ist.

Der oberste Gerichshof verordnete die Einleitung des Executivprocesses, weil in dem Briefe, der mit der äußeren Förmlichkeit eines für ein Darlehen ausgestellten Schuldscheines versehen ist, der Rechtstitel zwar nicht ausdrücklich mit dem Worte „Darlehen", wohl aber dadurch als ein solches bezeichnet wurde, daß die darin enthaltenen Bestimmungen vollständig dem im §. 983 a. b. G. B. aufgestellten Begriff des Darlehens entsprechen.

Nr. 2790.

Bestandvertrag über ein radicirtes Wirthsgewerbe: Pacht oder Miethe?

Entsch. v. 1. Mai 1867, Nr. 3266 (Best. des das Urth. des B. G. Melnik v. 12. Nov. 1866, Nr. 9432, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 4. Februar 1867, Nr. 30853). G. Z. 1867, Nr. 73.

A hatte von B eine auf dessen Hause radicirte Wirthsgerechtigkeit sammt den zum Betriebe derselben und seiner Wohnung nöthigen Räumlichkeiten in Bestand genommen, welche ihm von Letzterem am 26. August zur Räumung bis 30. September gekündet wurde. B wendete ein, daß die Inbestandnahme der radicirten Befugniß des Ausschankes und der Gastnahrung ein Pachtvertrag sei, daher zufolge §. 2 c der kaiserl. Verordn. v. 16. Nov. 1858, R. G. Bl. Nr. 213, ihm nicht blos 5 Wochen, sondern 6 Monate vor der verlangten Räumung gekündet werden müsse; dann daß die vertragsmäßige dreijährige Pachtzeit noch nicht abgelaufen sei. Die erste Instanz machte die Giltigkeit der Aufkündigung von dem Beweise durch Haupteid über eine bedungene dreijährige Bestanddauer abhängig, und erklärte das obwaltende Rechtsverhältniß als jenes der Miethe, weil, obschon das Recht, die Schank- und Gastnahrung zu betreiben, in Bestand gegeben

wurde, dieses doch nicht mit Fleiß und Arbeit verbunden, und zum Gebrauche der in Bestand gegebenen Objecte eine weitere Bearbeitung, d. i. Umänderung derselben nicht nothwendig ist. Das Obergericht erklärte die Aufkündigung für unwirksam. „Denn bei dem vorliegenden Bestandverhältnisse war die Ausübung der Gastnahrung die Hauptsache, und die hiezu überlassenen Localitäten müssen blos als ein Zugehör, ohne welches die Hauptsache nicht benützt werden kann, angesehen werden. Da jedoch die Ausübung einer Gastnahrung stets Mühewaltung und Fleiß fordert, so stellt sich das vorstehende Bestandverhältniß gemäß §. 1091 a. b. G. B. nicht als eine bloße Miethe von Hauslocalitäten, sondern als ein Pacht heraus, was bei Wirthshäusern auch schon dem allgemeinen Sprachgebrauche entspricht, weshalb jedenfalls die in §. 2 c oder kaiserl. Verordn. vom 16. Nov. 1858, R. G. Bl. Nr. 213, bestimmte Kündigungsfrist von 6 Monaten einzutreten hatte, welcher jedoch von B in seinem Kündigungsgesuche nicht entsprochen worden ist."

Der oberste Gerichtshof fand im vorliegenden Rechtsgeschäfte einen Pachtvertrag, weil die Ausübung des Gewerbes der Gastnahrung ganz unmöglich wäre, wenn der Wirth keinen Fleiß und keine Mühe anwendet, um seine Gäste zufrieden zu stellen.

Nr. 2791.

Haftung des Notars für den durch die unterlassene Protesterhebung herbeigeführten Verlust des Regreßrechtes des Wechselinhabers gegen die Vormänner.

Entsch. v. 7. Mai 1867, Nr. 3435 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Olmütz v. 2. Sept. 1866, Nr. 9550, und des O. L. G. Brünn v. 30. Jänner 1867, Nr. 809). G. Z. 1868, Nr. 103.

A klagte wider den Notar B auf Zahlung des Wechselbetrages von 265 fl., weil der Beklagte die Protestlevirung bei einem Wechsel unterlassen hatte und hiedurch die Regreßrechte verloren gingen. Nach durchgeführtem Verfahren, in welchem der Beklagte die Falschheit des Acceptes einwendete, erkannten beide Untergerichte auf Abweisung des Begehrens. In den Gründen wurde gesagt, daß der Beklagte allerdings gestand, den am 12. April 1864 fälligen Klagwechsel am 14. April 1864 Mittags zur Protestlevirung erhalten zu haben; daß der Notar nicht befugt war, entgegen dem erhaltenen Auftrage die Protestlevirung aus was immer für Gründen zu unterlassen und daß der Beklagte durch Vernachlässigung seiner Pflicht dem Kläger insoferne ersatzpflichtig wurde, als dieser durch den Entgang des Regreßrechtes zu Schaden kam. Kläger müsse aber beweisen, daß er bei Aufrecht-

haltung des Regreßrechtes von den in diesem Falle Regreßpflichtigen auch wirklich den Wechselbetrag eingebracht haben würde, weil er nun im Falle der Möglichkeit einer Befriedigung als Beschädigter angesehen werden kann. Dieser Nachweis wurde jedoch nicht geliefert. Denn C, welcher erwiesenermaßen den mit dem falschen Accepte seiner Gattin versehenen Wechsel weiter begab, ist sofort flüchtig geworden und besitzt nach dem Geständnisse des Klägers kein Vermögen. Der Trassant D hat allerdings das zur Zahlung des Wechsels nöthige Vermögen, und wenn auch dem Kläger nicht zugemuthet werden kann, gegen ihn die Bereicherungsklage nach Art. 83 der W. O. anzustrengen, weil Kläger den Wechsel durch Giro des E an sich brachte und Kläger selbst angibt, daß er die Verhältnisse nicht kenne, in welchen D zum Wechsel stehe, so hatte er doch, da der Beklagte die Echtheit der Fertigung des D auf dem Wechsel widersprochen, die Echtheit dieser Fertigung, von welcher die Zahlungspflicht des D bedingt ist, zu erweisen, weil er nur unter dieser Voraussetzung von dem Beklagten, der die Regreßnahme vereitelte, eine Entschädigung zu fordern berechtigt wäre. Dieser Beweis lag jedenfalls dem Kläger ob, weil aus den §§. 133 und 134 a. G. O. klar hervorgeht, daß die Behauptung der Unechtheit einer Unterschrift keine Einwendung, sondern ein Widerspruch ist, und Jener, der aus der Echtheit derselben ein Recht ableitet, selbe zu beweisen hat. Diesen Beweis hat aber Kläger nicht angeboten, daher jene Fertigung auch nicht als echt anzusehen und die Zahlungsverpflichtung des D nicht dargethan ist. Der unmittelbare Vormann E ist Cridar und zahlungsunfähig. Zur Klage gegen die Acceptanten war der Protest nicht nothwendig und wurde Kläger sachfällig, weil ihre Unterschrift falsch war.

Der oberste Gerichtshof hat mit Abänderung beider Urtheile den Beklagten zur Zahlung des Wechselbetrages verurtheilt aus folgenden Gründen: Beide Instanzen haben anerkannt, daß der beklagte Notar durch die Vernachlässigung seiner Pflicht insoferne ersatzpflichtig wurde, als Kläger dadurch einen Schaden erlitten hat. Nach Art. 41 W. O. ist aber zweifellos, daß der Kläger durch die Unterlassung der Protestlevirung des Regreßrechtes verlustig wurde. Der Schade ist somit der Verlust des Regreßrechtes. Auf dem Wechsel erscheinen drei Giranten: C, D und E. Da Kläger mit seiner Klage gegen die Acceptanten sachfällig wurde, so wäre Kläger, wenn der Protest von dem Beklagten, seiner Pflicht gemäß, erhoben worden wäre, in der Lage gewesen, das Regreßrecht gegen obige drei Giranten geltend zu machen. Der Beklagte ist somit verpflichtet, den Schaden des Klägers, den er durch die Unmöglichkeit, seine Regreßrechte gegen die drei Giranten geltend zu machen, erleidet, zu ersetzen. Um von dieser Ersatzpflicht frei zu sein, lag dem Beklagten ob, nachzuweisen, daß Kläger durch den Verlust der Regreßrechte keinen Schaden erlitten, d. i. zu erweisen, daß Kläger von den Giranten eine Zahlung im Regreßwege

nicht erhalten hätte. Diese Beweislast liegt dem Geklagten ob, weil der Verlust der Regreßrechte durch sein Verschulden herbeigeführt wurde, er somit erweisen muß, daß dieses Regreßrecht keinen Werth habe, wenn er von der Ersatzpflicht losgesprochen werden soll. Diesen Nachweis hat Beklagter jedoch nicht geliefert, wenngleich die derzeitige Zahlungsunfähigkeit des C anerkannt wurde, da Beklagter nicht nachgewiesen hat, daß eine Zahlung von D und E nicht zu erhalten gewesen war und nicht zu erhalten sein wird, welcher Beweis durch die vom Beklagten behauptete Unechtheit des Giro des D und des später gegen E ausgesprochenen Concurses keineswegs hergestellt ist, da es nicht unmöglich, daß dessenungeachtet eine Zahlung erfolgt wäre oder erfolgen würde. Es enthält daher der den Kläger abweisende Ausspruch der Untergerichte eine offenbare Ungerechtigkeit, weshalb dem a. o. Revisionsbegehren stattgegeben wurde.

Nr. 2792.

Mandatsverfahren ad praestandum factum. Einleitung desselben auf Grund eines bei Gericht liegenden Protokolles.

Entsch. v. 7. Mai 1867, Nr. 3799 (Best. des Decr. des B. G. Raab vom 30. Jänner 1867, Nr. 229, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 2. April 1867, Nr. 5957). G. Z. 1867, Nr. 71.

A belangte den Miterben B mit Mandatsklage auf Legung der Rechnung über die von ihm durch 4 Monate geführte Verwaltung der Verlassenschaftsrealität, auf Grund eines bei der Verlassenschaftsabhandlungsbehörde aufgenommenen, bei dem Gerichte-verwahrten Protokolles in Bezug auf die Uebernahme des Bauerngutes, worin B sich verpflichtete, bis einschließlich 6. Jänner 1867 die Rechnung zu legen. Die erste Instanz erließ an B den Auftrag zur Rechnungslegung binnen vierzehn Tagen unter Androhung der Execution. Dagegen recurirte B. „Denn die §§. 1, 2, 3, 6 und 7 der Justizm.-Verordn. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, zeigen, daß das Mandatsverfahren, daher auch der Zahlungsbefehl, nur bei Geldforderungen, nicht aber bei anderen Rechtsansprüchen statthabe, weil darin nur von Forderungen, Haupt- und Nebengebühren, von Capital und Zinsen, von Zahlungsbefehl, von Forderungen, Zinsen und barem Gelde gesprochen wird. Die zweite Instanz hob diesen Auftrag auf, „weil die Urkunde, auf welche das Klagbegehren gestützt ist, nicht in Urschrift der Klage beigelegt wurde, überhaupt keine solche öffentliche Urkunde ist, deren der §. 1 lit. a der Justizm.-Verordn. v. 18. Juli 1859 erwähnt und aus derselben auch das Recht des Klägers, Rechnung zu fordern, nicht mit Bestimmtheit erhellt.“

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen Auftrag, weil im §. 1 der angeführten Ministerialverordnung, mit Bezug auf die kaiser. Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, eigentlich nur das für Notariatsurkunden bestimmte beschleunigte Verfahren auch auf die daselbst genannten anderen Urkunden ausgedehnt wurde, in letzterer Verordnung die Erfüllung aller persönlichen Verbindlichkeiten den Gegenstand dieses Verfahrens bildet, auch im §. 1412 a. b. G. B. die Zahlung „als Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist" bezeichnet wird; weil ferner das bei Gericht in Abhandlungssachen aufgenommene Protokoll allerdings eine öffentliche Urkunde, das Original dort aufbewahrt ist und der Geklagte darin ganz deutlich zur Erstattung der Rechnung sich verpflichtet hat.

Nr. 2793.

Regreß des wegen der Staatsgebühr für frühere Uebertragungen eines Grundstückes in Anspruch genommenen Besitzers gegen seine Vormänner.

Entsch. v. 7. Mai 1867, Nr. 3800 (Best. des das Decr. des B. G. Klosterneuburg v. 24. Dec. 1866, Nr. 5462, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 12. März 1867, Nr. 4401). G. Z. 1867, Nr. 51.

B hatte am 1. September 1865 ein Haus in Wien an C vertauscht und dabei bedungen, daß C die Staatsgebühr von dem Tauschgeschäfte zu tragen habe. C vertauschte das Haus am 4. September 1865 an A, dessen Eigenthumsrecht auch im Grundbuche einverleibt wurde. Die von dem Tauschvertrage ddo. 1. September 1865 zwischen C und B mit 2838 fl. 75 kr. bemessene Staatsgebühr wurde weder von C noch von B, sondern von A als dermaligem Eigenthümer des vertauschten Hauses eingefordert und wider ihn auf dem letzteren pränotirt. A suchte nun seinerseits den Regreß, und zwar nicht bei C, sondern bei B als dem gesetzlich für die Uebertragungsgebühr Haftenden und begehrte unter Vorlage der beiden Tauschverträge, des Zahlungsauftrages und einer öffentlichen Urkunde über die wider ihn vollzogene Pränotirung die Superpränotirung seiner angeblichen Regreßforderung pr. 2838 fl. 75 kr. sammt Nebengebühren an B auf einer für diesen haftenden Satzpost. Das Bezirksgericht bewilligte auf Grund des taxamtlichen Zahlungsauftrages die Pränotirung so wie gebeten. Das O. L. G. verordnete die Abweisung derselben. „Denn", sagen die Gründe, „durch den Zahlungsauftrag ist der Bestand einer Forderung an die Recurrenten keineswegs dargethan, und nicht einmal die Leistung, für welche der Ersatz gefordert wird, erwiesen; es kann daher dieser Auftrag nicht als eine einen halben Beweis machende Urkunde

angesehen werden, daher die gesetzlichen Erfordernisse zur Pfandrechts-pränotirung mangeln."

Der oberste Gerichtshof hat den gegen diese Entscheidung überreichten Revisionsrecurs zurückgewiesen, „weil eine Regreßforderung für den Recurrenten jedenfalls erst durch die nicht nachgewiesene Zahlung der auf seinem Hause in Wien pränotirten Forderung einer Uebertragungsgebühr per 2838 fl. 75 kr. entstehen würde, und in dem von ihm selbst beigebrachten Vertrage vom 1. September 1865 B als derjenige bezeichnet ist, welcher jene Uebertragungsgebühr eigentlich zu bezahlen hätte.

Nr. 2794.

Unzulässigkeit der Einleitung des Executivprocesses auf Grund einer blos mit dem Familiennamen des Schuldners unterschriebenen Urkunde.

Entsch. v. 7. Mai 1867, Nr. 3812 (Best. des das Decr. des B. G. der inneren Stadt Wien v. 23. Februar 1867, Nr. 5941, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 20. März 1867, Nr. 4819). G. Z. 1867, Nr. 55.

Ein Gesuch um Einleitung des Executivprocesses auf Grund einer blos mit dem Familiennamen des Schuldners unterschriebenen Urkunde wurde von den beiden höheren Instanzen abgewiesen, von der dritten in der Erwägung, daß der Name, wodurch ein Mensch von den anderen unterschieden wird, in seinem Zunamen und Vornamen besteht, mithin unter Unterschrift oder Fertigung die Beisetzung des Vor- und Zunamens verstanden werden muß.

Nr. 2795.

Oppositionsklage, gestützt auf den Nachweis der im Hauptproceß gar nicht behaupteten Unechtheit einer Urkunde.

Entsch. v. 8. Mai 1867, Nr. 3238 (Best. des das Urth. des L. G. Brünn v. 2. Nov. 1866, Nr. 15448, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 29. Jänner 1867, Nr. 802). G. Z. 1867, Nr. 80.

A bat am 21. September 1865 wider B um Erkenntniß, seine, des A, Unterschrift auf dem Wechsel vom 20. August 1862 per 300 fl. sei unecht und die von B wider ihn am 14. März 1865 diesfalls erwirkte Execution aufzuheben, weil durch das strafgerichtliche Urtheil vom 17. August 1865 ein gewisser C wegen Fälschung seiner —

des A — Unterschrift auf obigem Wechsel des Verbrechens des Betruges schuldig erkannt und er, Kläger, bezüglich der Nichtigerklärung des Wechsels und seiner Ersatzansprüche auf den Rechtsweg verwiesen worden war. Die erste Instanz wies den Kläger ab. Denn der erste Punkt seines Begehrens, nämlich der Ausspruch der Unechtheit seiner Unterschrift, ist schon durch das Strafgericht erfolgt und bedarf keiner weiteren Bestätigung. Was aber die Aufhebung der Execution betrifft, so spricht das Strafurtheil nicht aus, ob der von C gefälschte Wechsel derjenige sei, auf dessen Grund die Zahlungsauflage erwirkt wurde. Wenn aber auch diese Identität durch Haupteid erwiesen werden könnte, so wäre daraus noch nicht auf die Ungiltigkeit der Execution zu schließen. Denn abgesehen davon, daß aus der gepflogenen Verhandlung nicht zu entnehmen ist, ob Kläger als Acceptant, als Aussteller oder als Girant auf dem Wechsel gefertigt erscheine und daß nach den Bestimmungen der Art. 75 und 76 der Wechselordnung nicht jede Unechtheit der Unterschrift eines Wechselverpflichteten den Wechsel ungiltig macht, so ist die Zahlungsauflage bereits rechtskräftig geworden und der Kläger mußte bereits bei deren Zustellung gewußt haben, ob seine Fertigung auf dem Wechsel echt sei oder nicht. War sie unecht und er hat dessenungeachtet die Zahlungsauflage in Rechtskraft erwachsen lassen, so steht ihm gegenwärtig nicht mehr das Recht zu, die Executionsacte anzufechten, da auch nach §. 1432 a. b. G. B. nicht einmal eine bereits geschehene Zahlung, von welcher der Zahler wußte, daß er sie nicht schuldig sei, zurückgefordert werden kann. Das vom Kläger berufene Hofdecret vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, spricht gerade gegen ihn, indem die vom Strafgerichte ausgesprochene Fälschung des Wechsels keineswegs als eine der Zahlungsauflage nachgefolgte Thatsache aufzufassen ist, weil sie bereits vor Erlassung der Zahlungsauflage bestand, und nur der gerichtliche Ausspruch der Fälschung ihr nachfolgte; dieser nachgefolgte Ausspruch ist dermalen insofern unentscheidend, als dadurch die vom Geklagten rechtskräftig erworbenen Executionsrechte nicht mehr beirrt werden können. Die zweite Instanz machte die Bewilligung des Klagbegehrens von dem Beweise durch Haupteid über die erwähnte Identität des Wechsels abhängig. Die Gründe gingen dahin: Das strafgerichtliche Erkenntniß vom 17. August 1865 stellt sich im Sinne des Hofdecretes vom 22. Juni 1836, Nr. 145, allerdings als eine der Zahlungsauflage nachgefolgte Thatsache, wodurch das Executionsrecht des B erloschen ist, dar. Dasselbe hätte auch dann, wenn die Fälschung des Wechsels von A im Wege der Einwendungen geltend gemacht worden wäre, gemäß Hofdecretes vom 6. März 1821, J. G. S. Nr. 1743, nicht umgangen werden können, sondern der Schöpfung des Civilurtheils vorausgehen müssen, und hätte mit Rücksicht auf den Art. 4, Absatz 5, und die Art. 12 und 21 der W. O. die Aufhebung der Zahlungsauflage zur Folge gehabt, gleich-

viel in welcher Eigenschaft sie gegen A erging. Es kann ihm nun deshalb, weil er dieselbe in Rechtskraft erwachsen ließ, nicht benommen werden, auf Grund des strafgerichtlichen Erkenntnisses die Aufhebung der Execution zu begehren und stellt sich daher die Klage als eine nach dem Hofdecrete vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, zulässige Oppositionsklage dar.

Auf die Revisionsbeschwerde des B, welcher hervorhob, daß das strafgerichtliche Erkenntniß eigentlich nur ein später zum Vorschein gekommenes Beweismittel, die der Zahlungsauflage vorhergegangene Fälschung aber eine schon vor der letzteren bestandene Thatsache sei, welche daher im Wege der Einwendungen hätte ihm entgegengesetzt werden sollen, und daß er durch Unterlassung derselben bedeutende und gegen den Fälscher uneinbringliche Executionskosten hatte, bestätigte der oberste Gerichtshof das obergerichtliche Urtheil. Gründe: „Durch den Zahlungsauftrag hat der damalige Kläger B kein neues materielles Recht erlangt, sondern es wurde nur jenes Recht, welches ihm als Wechselinhaber gegen die Wechselverpflichteten zusteht, gerichtlich anerkannt und die Bedingung erfüllt, welche das Gesetz anordnet, um mit richterlicher Hilfe jene Forderung von dem Verpflichteten einbringlich zu machen. Das Forderungsrecht des Klägers ist nach wie vor an den Wechsel gebunden. Entfällt der letztere, so kann auf Grund der Zahlungsauflage allein die Zahlung nicht mehr begehrt werden. Der Zahlungsauftrag liegt zwar nicht vor, und ist auch nicht angegeben, in welcher Eigenschaft A auf dem Wechsel erscheint; allein es ist selbstverständlich, daß die Zahlungsauflage nur dahin lauten konnte, daß A als Aussteller oder als Acceptant oder als Girant des Wechsels zur Zahlung verpflichtet sei. Nun ist aber durch das strafgerichtliche Urtheil erwiesen, daß seine Unterschrift auf dem Wechsel — dessen Identität vorausgesetzt — ein Falsum sei, daß er somit weder Acceptant, noch Aussteller, noch Girant, überhaupt kein Wechselverpflichteter ist. Es entfällt daher die Voraussetzung, auf Grund welcher der Zahlungsauftrag erlassen wurde, und somit auch die Wirksamkeit desselben gegen A und die auf Grund derselben erwirkte Execution. Unzweifelhaft wäre der Zahlungsauftrag nicht erflossen oder im Civilprocesse behoben worden, wenn dem Civilrichter die strafgerichtliche Entscheidung bekannt gewesen wäre. Da nun das civilgerichtliche Erkenntniß kein neues materielles Recht schafft, sondern nur zur Durchführung eines schon bestandenen materiellen Rechtes dient, ein solches aber nicht vorhanden ist, so muß der Richter auch die Ungiltigkeit dieser unter unrichtigen Voraussetzungen erfolgten Entscheidungen aussprechen und kann nicht die richterliche Hilfe zur Durchsetzung nicht bestehender Rechte gewähren. Unter diesen Umständen ist es unentscheidend, daß A die Einbringung von Einwendungen gegen den Zahlungsauftrag unterließ, weil hiedurch nur processualische Folgen entstehen, die darin bestehen, daß die Angaben des Klägers für wahr gehalten werden und

der Zahlungsauftrag rechtswirksam wird, an dem materiellen Rechtsverhältnisse aber dadurch keine Aenderung eintritt. Der Nachweis, daß ein materielles Recht nicht besteht und dem B gegen A aus dem fraglichen Wechsel auch früher nicht zustand, wurde durch das strafgerichtliche Erkenntniß erst hergestellt und da dieses letztere dem Zahlungsauftrage nachfolgte, ist auch das Hofdecret vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, anwendbar.

Nr. 2796.

Behandlung der Dienstbotenlöhne bei der Meistgebotsvertheilung.

Entsch. v. 8. Mai 1867, Nr. 3801 (Best. des das Decr. des B. G. Kremsmünster v. 2. Juni 1866, Nr. 1555, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 21. August 1866, Nr. 15447). G. H. 1867, S. 226.

In der Vertheilung des Meistgebotes auf ein im Executionswege verkauftes Bauerngut wurden von der ersten Instanz rückständige Dienstbotenlöhne für Arbeiten, die zur Bewirthschaftung des Gutes verrichtet worden waren, vor den Tabulargläubigern gesetzt. Das O. L. G. entschied, daß bei der executiven Meistgebotsvertheilung nur die landesfürstlichen Steuern und die ihnen gleichgestellten Giebigkeiten als Vorzugsposten zu behandeln sind, Dienstbotenlöhne aber den Steuern nicht gleichgestellt werden.

Der oberste Gerichtshof traf dieselbe Entscheidung mit Bezugnahme auf die Motivirung des O. L. G.

Nr. 2797.

Umfang der der Abhandlungsbehörde zukommenden Prüfung von Erbserklärungen.

Entsch. v. 14. Mai 1867, Nr. 3808 (Best. des Decr. des L. G. Wien vom 15. Jänner 1867, Nr. 2377, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 26. Februar 1867, Nr. 3282). G. Z. 1867, Nr. 62.

Die Erblasserin M verfügte letztwillig: „sollte sich ein Verwandter meines Mannes melden, der sich ebenfalls schreibt von G., so soll er mit Erbe sein“. Auf Grund dieses Testamentes und der Behauptung, er sei ein Verwandter des verstorbenen Ehemannes der Erblasserin: Andreas v. G., überreichte ein gewisser Alois G. eine Erbserklärung, welche von der ersten Instanz angenommen, von dem Obergerichte aber aus folgenden Gründen a limine zurückgewiesen

wurde: „Zur Geltendmachung eines Erbrechtes aus dieser letztwilligen Anordnung zu dem Nachlasse der M wird nicht nur die Verwandtschaft mit Andreas von G., sondern noch der weitere Umstand erfordert, daß der Verwandte des Anderas v. G. sich ebenfalls „von G.“ schreibe. Wenn nun auch die Frage, ob der Erbansprecher wirklich Verwandter des Anderas v. G. sei, nicht schon bei der Erbserklärung zu erörtern und zu entscheiden ist, so geht doch schon aus den eigenen Angaben dieses Erbansprechers unzweifelhaft hervor, daß derselbe sich nicht „von G.“ schreibt, und daß sonach derselbe ein solcher Verwandter des Andreas v. G. nicht ist, welchen die Erblasserin in ihrer letztwilligen Anordnung zum Miterbrechte berufen hat. Da nun Alois G. in seiner Erbserklärung sein Erbrecht zu der Verlassenschaft der M lediglich auf die angeführte letztwillige Anordnung derselben stützt, ein Erbrecht aus dem Titel der gesetzlichen Erbfolge aber umsoweniger in Anspruch nimmt, als er eine Verwandtschaft mit der M überhaupt nicht behauptet, und da die Vorschrift des §. 122 des Gesetzes v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, wornach jede in der vorgeschriebenen Form ausgestellte Erbserklärung von dem Gerichte anzunehmen ist und der Beweis des Erbrechtstitels auch nachträglich beigebracht werden kann, doch nur dahin zu verstehen ist, daß ein zur Begründung der Erbserklärung genügender Erbrechtstitel sich wenigstens aus den eigenen Angaben der Partei ergeben muß, was aber hier gewiß nicht der Fall ist, so mußte die angebrachte Erbserklärung als zu einer Annahme und weiteren Verhandlung offenbar nicht geeignet zurückgewiesen werden.“

Der oberste Gerichtshof gab dem Revisionsrecurse des Alois G. statt und bestätigte die Entscheidung des L. G. „in der Erwägung, daß nach §. 122 des Gesetzes v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, jede in der vorgeschriebenen Form ausgestellte Erbserklärung anzunehmen ist, jene des Recurrenten sich auf die letztwillige Anordnung der M stützt, und über die Frage, wie die gestellte Bedingung zu verstehen sei, nicht ohneweiters abgesprochen werden kann“.

Nr. 2798.

Pfändung zur Sicherstellung gegen einen Nachlaß, während des Zuges der Gläubigerconvocation bewilligt.

Entsch. v. 14. Mai 1867, Nr. 4098 (Best. des Decr. des K. G. Jungbunzlau v. 7. Nov. 1866, Nr. 9118, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 29. Dec. 1866, Nr. 28774). G. Z. 1867, Nr. 75. Zeitschr. f. d. Notariat 1867, Nr. 45.

A erwirkte gegen den Nachlaß des B die Pfändung zur Sicherstellung. Dagegen recurrirte der für den Nachlaß des B bestellte

Curator, weil von der Abhandlungsbehörde noch vor der Pfändungsbewilligung, auf sein Ansuchen die Edicte zur Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger waren ausgefertigt worden, der Anmeldungstermin nicht abgelaufen sei, daher zu Folge §. 813 a. b. G. B. jede Execution des Nachlasses sich als unzulässig darstelle. Die zweite Instanz gab dieser Beschwerde statt und hob die Pfändungsbewilligung auf. „Denn die Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger muß eine solche Wirkung haben, daß deren Zweck nicht durch Verfügungen eines anderen Gerichtes aufgehoben werde. Dieses würde geschehen, wenn ungeachtet des Edictes Executionsacte gegen die Verlassenschaft von einem anderen Gerichte in Vollzug gesetzt werden dürften. Es macht die Sache nicht anders, daß es sich um eine wechselgerichtliche Execution zur Sicherstellung handelt; denn sobald der Curator der Verlassenschaft des Wechselschuldners die Hilfe der Abhandlungsbehörde nach §. 813 a. b. G. B. anruft, muß sich auch der Wechselgläubiger dieser im §. 813 ausgedrückten Bestimmung fügen, weil das Wechselgesetz den Bestimmungen des a. b. G. B. über die Verlassenschaftsabhandlungspflege nicht derogirt, folglich alle diese scheinbar mit einander collidirenden Gesetze so ausgelegt und erfaßt werden müssen, daß sie mit und nebeneinander bestehen können, ohne einen Widerspruch zu enthalten. Hiezu kommt noch, daß der §. 8 der Justizministerial-Verordnung vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52, und die Ministerialverordnung vom 19. April 1855, R. G. Bl. Nr. 75, keinen anderen Zweck verfolgen, als dem Wechselgläubiger eine Sicherstellung gegen allfällige Versuche des Wechselschuldners, sein Vermögen zu vertuschen, zu verschaffen. Diese Nothwendigkeit entfällt bei einer Verlassenschaft, die durch einen Curator besorgt wird, weil dieser bezüglich der ihm anvertrauten Verwaltung der Abhandlungsbehörde verantwortlich ist, sohin bei ihm der Zweck des vorbezogenen Gesetzes nicht eintritt, einem Gesetze aber nach §. 6 a. b. G. B. kein anderer Verstand beigelegt werden darf, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte ... und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet. Diese Absicht leuchtet aus dem Schlußsatze des §. 814 a. b. G. B. hervor, wornach den Gläubigern, die sich nicht gemeldet haben, kein anderer Anspruch auf den Nachlaß zusteht, als insofern ihnen ein Pfandrecht gebührt, woraus aber folgt, daß die Wirkung des Convocationsedictes die ist, daß kein neues Pfandrecht erworben werden kann, weil im gegentheiligen Falle das, was das Gesetz durch die Einberufung der Gläubiger erreicht wissen will, gerade vereitelt werden würde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstrichterliche Entscheidung. Gründe: Der §. 813 a. b. G. B. räumt dem Erben oder Verlassenschaftscurator, welcher die Einberufung der Gläubiger angesucht hat, nur das Recht ein, bis nach Ablauf des Anmeldungstermines mit deren Befriedigung inne zu halten, entzieht somit

diesen nur das Recht, ihre Befriedigung, d. i. die Zahlung, zu fordern, keineswegs aber verbietet er ihnen, Sicherstellung durch Execution, Pränotirung u. s. w. zu verlangen. Der Zweck des obigen Gesetzes geht auch — wie §. 815 zeigt — nur dahin, dem Erben es möglich zu machen, mit Sicherheit die Berichtigung der Schulden der Verlassenschaft und der Vermächtnisse vorzunehmen, was natürlich die im §. 814 erwähnte Wirkung nach sich zieht, daß Gläubigern, welche sich nicht meldeten, dann, wenn die Verlassenschaft durch die Bezahlung der angemeldeten Forderungen erschöpft worden ist, kein weiterer Anspruch zusteht, als insofern ihnen etwa ein Pfandrecht gebührt, woraus aber nicht gefolgert werden kann, daß die Erwerbung eines neuen Pfandrechtes unzulässig sei.

Nr. 2799.

Unzulässigkeit des gegen einen Schiedsrichter nach Vernichtung seines Spruches gerichteten Begehrens auf Schöpfung eines neuen.

Entsch. v. 15. Mai 1867, Nr. 2825 (Best. des Urth. des K. G. Stanislau v. 27. August 1866, Nr. 14529, Abänd. des Urth. des O. L. G. Lemberg v. 9. Jänner 1867, Nr. 41117). G. Z. 1868, Nr. 23.

A und C hatten mittelst Compromisses zur Schlichtung ihrer gegenseitigen Streitigkeiten anläßlich der Pachtung der Güter X den B als Schiedsrichter ernannt, welcher Letztere das Schiedsamt ausübte und das Laudum fällte; dasselbe wurde aber mit Entscheidung des obersten Gerichtshofes aus dem Grunde als nichtig aufgehoben, weil der Schiedsrichter, gegen den Inhalt der ihm vorgeschriebenen Procedurregeln, die Streittheile persönlich nicht einvernahm, sondern sich blos mit deren schriftlichen Angaben begnügte. A klagte sonach den Schiedsrichter B auf Fällung eines neuen Schiedsurtheils unter Beobachtung der ihm im Compromisse vorgezeichneten Ordnung. Das Klagbegehren wurde dadurch begründet, daß der Schiedsrichter mittelst des Compromisses und rücksichtlich durch Annahme des Schiedsamtes den compromittirenden Parteien gegenüber die Verpflichtung übernahm, die ihm anvertraute Entscheidung der fraglichen Streitigkeiten zu fällen; daß das Compromiß, wie ein anderer Vertrag, den gesetzlichen Normen über die Verträge unterworfen sei, wonach im Falle, als ein Contrahent den Vertrag gar nicht, oder nicht auf die bedungene Weise erfüllt, der andere Contrahent nicht berechtigt ist, vom Vertrage abzustehen, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages zu fordern (§. 919 a. b. G. B.); daß demnach ungeachtet der erfolgten Aufhebung des gefällten Schieds-

urtheils die Competenz und Verpflichtung des Schiedsrichters zur Fällung eines neuen Laudums nicht aufgehört habe, zumal es schon aus der Natur eines jeden Compromisses fließt, daß die schiedsrichterliche Thätigkeit so lange zu dauern habe, bis der Streit final entschieden sei. — Das Gericht erster Instanz erkannte gegen das Klagbegehren; das O. L. G. nach demselben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: Der vom Belangten über die Pachtersätze gefällte Schiedsspruch wurde mit Urtheil des obersten Gerichtshofes aus dem Grunde für null und nichtig erklärt, weil der Schiedsrichter die ihm von den Parteien vorgeschriebene Procedur nicht eingehalten und durch Außerachtlassung der festgesetzten Bestimmungen die ihm ertheilte Macht überschritten hat. Da nun in dem Falle der Nichtigkeit des Schiedsspruches den Parteien gemäß §§. 363 und 364 westgal. G. O. nichts anderes übrig bleibt, als den Rechtsstreit bei dem ordentlichen Richter anhängig zu machen und also auszuführen, als ob die Sache vor einem Schiedsrichter nie wäre verhandelt worden, so kann auch der Schiedsrichter auf das einseitige Einschreiten eines Streittheiles ohne seine und des anderen Streittheiles Zustimmung zur Fällung eines neuen Schiedsrichterspruches nicht mehr verpflichtet werden, zumal die Bestimmung des §. 919 a. b. G. B. auf den vorliegenden Fall mit Hinblick auf die speciellen Anordnungen der Gerichtsordnung über den Compromißvertrag keine Anwendung findet. Es mußte demnach das erstrichterliche Urtheil bestätigt werden.

Nr. 2800.

Haftung des Unternehmers einer Badeanstalt für das den Badenden Entwendete?

Entsch. v. 16. Mai 1867, Nr. 3637 (Best. des das Urth. des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 27. Nov. 1866, Nr. 21457, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 26. März 1867, Nr. 23286). G. Z. 1867, Nr. 50.

A begründete eine Schadenersatzklage gegen die Dianabad-Gesellschaft mit folgender Anführung: Er habe eine Badekarte gelöst und sich mit seinem Freunde C in die ihnen vom Badediener gemeinsam zugewiesene Cabine Nr. 18 begeben, woselbst sie Beide ihre Kleidungsstücke und er insbesondere seine goldene Uhr und Kette im Werthe von 72 fl. hinterlegten. Er habe sodann die Cabine vor C verlassen, sei auch nach diesem aus dem Bade gekommen. C habe jedoch die Thüre durch Zuschlagen gesperrt und dieselbe bei der Rückkunft aus dem Bade offen gefunden. Eine sofortige Untersuchung habe für C den Abgang eines Portemonnaies mit 19 fl., für ihn, A, den

Abgang der Uhr und Kette ergeben. Die erste Instanz erachtete die Klage für zulässig und begründete dies wie folgt: „Da durch das Geständniß der geklagten Unternehmung nachgewiesen ist, daß die Ankleidecabinen im Dianabad durch bloßes Zuschlagen verschließbar sind, daß die zum Oeffnen der so geschlossenen Cabinen erforderlichen Schlüssel sich ausschließlich in Händen der Bediensteten der Anstalt befinden und daß die Badegäste, da ihnen keine Schlüssel behändigt werden, wegen Oeffnung der Cabinen jederzeit an die Bediensteten der Anstalt sich zu wenden haben, tritt dieselbe dem Badegast gegenüber, dem sie durch ihre Bediensteten eine Ankleidecabine anweist, gemäß §§. 863 und 957 a. b. G. B. in das Verhältniß eines Verwahrers der von demselben in der Cabine hinterlegten Gegenstände. Werden durch den zugelassenen Hauptеid die vom Kläger angeführten Thatumstände erwiesen, so erscheint der Klaganspruch im Gesetze gegründet. Denn die Hauptpflicht des Verwahrers besteht darin, die in seine Obsorge genommenen Gegenstände sorgsam zu verwahren und dem Hinterleger auf sein Verlangen zurückzustellen; und will die geklagte Gesellschaft sich dieser Vertragspflicht oder der aus der Nichterfüllung derselben resultirenden Ersatzpflicht entschlagen, so hat sie den Beweis zu führen, daß ihr die Rückstellung ohne ihr Verschulden unmöglich geworden sei. Ein solcher Beweis wurde jedoch von der Gesellschaft weder hergestellt noch angeboten. Auch der durch den vorliegenden Einstellungsbeschluß des Strafgerichtes nachgewiesene Umstand, daß die dem Kläger abhanden gekommenen Sachen entwendet worden sind, kann die Geklagte von der im §. 964 a. b. G. B. auferlegten Ersatzpflicht nicht befreien. Denn einerseits befreit nicht jede widerrechtliche Handlung Dritter von dieser Ersatzpflicht, sondern nur eine solche, welche selbst durch Anwendung der pflichtmäßigen Obsorge nicht hintangehalten zu werden vermag, während die geklagte Gesellschaft es unterlassen hat, gemäß §. 1298 a. b. G. B. auch nur einen Anhaltspunkt dafür zu liefern, daß die Entwendung der abhanden gekommenen Gegenstände lediglich in einer sich als unverschuldeter Zufall darstellenden widerrechtlichen Handlung dritter Personen ihren Grund habe; und andererseits ist durch den Einstellungsbeschluß noch keineswegs dargethan, daß es die widerrechtliche Handlung einer dritten von der Unternehmung und deren Bediensteten verschiedenen Person war, durch welche die Rückstellung des verwahrten Gutes unmöglich wurde.“ Das O. L. G. fand in dem Verhältniß des Badegastes zur Gesellschaft überhaupt keinen Verwahrungsvertrag und wies daher die Klage ab. „Der behauptete Verwahrungsvertrag“ — besagen die Motive — „kann als geschlossen nicht angesehen werden. Denn der Verwahrungsvertrag ist seiner Natur nach ein Realvertrag und bedarf zu seinem Zustandekommen der wirklichen Uebergabe und Uebernahme der zu verwahrenden Sache; eine blos symbolische Uebergabe im Sinne des §. 427 a. b. G. B. und eine

solche Uebernahme, welche erst aus concludenten Handlungen nach §. 863 a. b. G. B. abgeleitet werden soll, genügen zur Constituirung eines Verwahrungsvertrages in Bezug auf bewegliche Sachen, wie solche hier in Frage stehen, nicht. Es sprechen für den Kläger aber auch die Bestimmungen der §§. 970 und 1316 a. b. G. B. nicht. Denn abgesehen davon, daß diese Paragraphen nur Ausnahmsbestimmungen gegenüber von Wirthen, Schiffern und Fuhrleuten enthalten, setzt §. 970 gleichfalls die körperliche Uebergabe voraus, während §. 1316 bestimmt, daß obige Geschäftsleute nur jenen Schaden verantworten, welchen ihre eigenen oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen an den übernommenen Sachen verursacht haben. Da nun von dem Kläger die Effecten der Gesellschaft oder einem ihrer Diener factisch nicht übergeben, von der letzteren also auch nicht übernommen worden sind, und der Kläger nicht einmal behauptet hat, daß der Schaden durch die Bediensteten der Anstalt zugefügt wurde, so kann von einem Rechte zur Klage nicht die Rede sein."

Auf Revision des Klägers hat der oberste Gerichtshof den Tenor des Urtheils der zweiten Instanz bestätigt. Die Gründe weichen indeß nicht unwesentlich von der Motivirung der zweiten Instanz ab. Es heißt darin: „Wenn auch bei der im Dianabad bestehenden Einrichtung die geklagte Gesellschaft als für einen durch Fahrlässigkeit ihrer Organe ermöglichten Verlust der durch Hinterlegung in den dazu bestimmten Cabinen stillschweigend zur Obsorge übergebenen Effecten verantwortlich angesehen werden könnte, so erscheint doch im vorliegenden Falle ein solches Verschulden nicht erweislich, weil Kläger diese Cabine nicht allein benützt hat, und die Behauptung, worüber der erste Richter den Haupteid zugelassen hat, Wort für Wort richtig sein könnte, ohne daß dadurch die Möglichkeit eines ohne Verschulden der Organe der Badeanstalt erfolgten Hinwegkommens ausgeschlossen wäre."

Nr. 2801.

Verhältniß des inländischen Richters zu dem um die Execution seines Erkenntnisses angegangenen ausländischen Gerichte.

Entsch. v. 16. Mai 1867, Nr. 4064 (Best. der Decrete des H. G. Wien v. 16. März 1867, Nr. 25961 und des O. L. G. Wien v. 9. April 1867, Nr. 6217). G. H. 1867, S. 348.

Nachdem die Prätur Ostiglia (im Venetianischen) auf Requisition des H. G. Wien die dem A wider B in Ostiglia bewilligte

executive Mobilienpfändung vollzogen hatte, wurde dort über B der Concurs eröffnet und von der besagten Prätur der Vollzug der Schätzung, um welche sie das H. G. auf Einschreiten des A ersuchte, aus dem Grunde abgelehnt, weil nach dem italienischen Gesetze der Execution extra concursum nicht die Ausdehnung, wie in Oesterreich, gegeben sei, und die Schätzung namentlich nicht schon auf Grund der vorgängigen gerichtlichen Pfandbeschreibung bewilligt werden könne. Von dieser Ablehnung wurde A in erster Instanz ohne Weiteres verständigt. Dagegen recurrirte er an das O. L. G., welches ihn mit dem Bedeuten abwies, daß weder das H. G. noch das O. L. G. sich mit dem ausländischen Gericht in Erörterungen darüber einzulassen habe, welche Gesetze für das letztere gelten und wie sie auszulegen sind, sondern daß es Sache der Partei sei, wenn sie die Weigerung der Prätur Ostiglia als den dortigen Gesetzen widersprechend ansieht, die Beschwerde dagegen an dem gehörigen Orte anzubringen.

Der Revisionsrecurs des A, worin er anbrachte, daß ihm die Beschwerdeführung bei dem Appellationsgericht in Venedig wenig helfen würde, und die Verwendung auf diplomatischem Wege begehrte, wurde vom obersten Gerichte verworfen, weil die Weigerung der Prätur Ostiglia nicht auf Außerachtlassung der in Betreff der Execution diesseitiger Urtheile für die italienischen Gerichte bestehenden Verbindlichkeit, sondern auf der Auslegung der dortigen Gesetze über die Zulässigkeit der Execution extra concursum beruht, wogegen der Recurrent nur im dortigen Instanzenzuge Abhilfe finden kann.

Nr. 2802.

Nichtzuständigkeit der städtisch=delegirten Bezirksgerichte für Verhandlungen über die Amortisation von Privaturkunden.

Entsch. v. 21. Mai 1867, Nr. 4065 (Anfheb. der gleichförmigen Decr. des K. G. Wiener Neustadt v. 18. März 1867, Nr. 973 und des O. L. G. Wien v. 9. April 1867, Nr. 5662). G. Z. 1868, Nr. 16.

Die Erben der in der Stadt X wohnhaft gewesenen M baten bei dem daselbst befindlichen Gerichtshofe um Einleitung der Amortisirung einer zu Gunsten der Erblasserin lautenden Privat=Schuldurkunde über 2000 fl. Das Gesuch wurde von beiden Untergerichten a limine abgewiesen, weil nach §. 32 der J. N. das Amortisationsverfahren bezüglich der fraglichen Urkunde ausdrücklich den Bezirksgerichten übertragen ist, somit gerade nach dem von den Recurrenten bezogenen §. 12 J. N. die Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes auf den engeren Sprengel beschränkt ist und die nur auf das Verfahren in Streitsachen Bezug nehmenden Bestimmungen der §§. 14 und 15

J. N. hier nicht maßgebend erscheinen. Es ist zu bemerken, daß die Bittsteller früher beim städt.-del. B. G. in X diesfalls eingeschritten waren, und auch dieses sich für incompetent erklärt hatte.

Der oberste Gerichtshof verordnete die Annahme und gesetzliche Erledigung des Amortisirungsgesuches. Die Begründung ging im Wesentlichen dahin, daß zufolge des §. 12 J. N., des organischen Gesetzes vom 10. Jänner 1853, R. G. Bl. Nr. 10 (D §. 6), und der Gesetzeserläuterung vom 2. October 1854, R. G. Bl. Nr. 253, die gesammte Gerichtsbarkeit in erster Instanz von den Gerichtshöfen in dem ganzen Umkreise des Stadt- oder Ortsgebietes ihres Umkreises auszuüben ist; daß nur jene Geschäfte davon ausgenommen und den städt.-del. B. G. — welche diese Benennung im Gegensatze zu den Bezirksämtern als Gerichten haben — zugewiesen sind, die im §. 12 durch Berufung der §§. 15, 37 u. s. w. bezeichnet werden, daß aber darunter der §. 32 J. N. über die Amortisirungen nicht erscheint, daß im selben der Ausdruck: „städtisch-delegirtes Bezirksgericht", wie er sonst in den §§. 46, 55, 77, 83 und 92 immer insbesondere beigesetzt ist, nicht vorkommt; daß demnach im §. 32 nur das B. G. im Allgemeinen, d. h. das ordentliche Gericht des Bezirkes oder Ortes verstanden werden kann, welches ordentliche Gericht dort, wo ein Gerichtshof besteht, nach den eben aufgestellten Grundsätzen und Regeln für die Bewohner der Stadt und seines dazu gehörigen Umkreises oder engeren Ortsgebietes dieser Gerichtshof selbst ist.

Nr. 2803.

Zuständigkeit der Handelsgerichte für Klagen aus Handelsgeschäften wider eine Verlassenschaft.

Entsch. v. 28. Mai 1867, Nr. 4305 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 4. April 1867, Nr. 32875 und des O. L. G. Wien v. 24. April 1867, Nr. 7217). G. Z. 1867, Nr. 74.

A, welcher dem B zum Betriebe seiner Fabrik Rohstoffe geliefert hatte, überreichte auf Grund des zwischen ihnen geschlossenen Vertrages wider die Verlassenschaft des B zu Handen seiner erklärten Universalerbin eine Klage auf Gestattung der Einsicht der Gewerbsbücher und auf Zahlung mehrerer Beträge beim H. G. Dieses wies die Klage als nicht dahin gehörig zurück, „da nach §. 37 der J. N. vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 251, Klagen, welche Verlassenschaftsschulden zum Gegenstande haben, so lange die Einantwortung des Nachlasses nicht erfolgt ist, bei der Abhandlungsbehörde angebracht werden müssen, welche das H. G. nicht ist". Die zweite Instanz bestätigte diese Abweisung, „weil die Klage nicht

gegen die angeblich bei dem H. G. protokollirte Fabriksfirma, sondern gegen die Verlassenschaft des B und rücksichtlich gegen dessen Erbin gerichtet ist, und daher zufolge §§. 37 und 58 J. N. — welche durch die Vorschrift des Art. 271 Handelsgesetzes, und rücksichtlich §. 38 des Einführungsgesetzes zum H. G. B. nicht aufgehoben wurden — selbst dann, wenn das der Klage zum Grunde liegende Geschäft auf Seite des Geklagten als ein Handelsgeschäft anzusehen ist, das H. G. nicht als competent erscheint."

Der oberste Gerichtshof hat in Abänderung dieser Entscheidungen die Annahme der Klage durch das H. G. verordnet. „Denn nach §. 1 des Handelsgesetzes derogirt selbes allen auf Gegenstände dieses Gesetzes sich beziehenden Verordnungen, und das Geschäft, auf welches die Klage sich stützt, ist nach Art. 271 des Handelsgesetzes ein Handelsgeschäft, daher zufolge §. 38 des Einführungsgesetzes zum H. G. B. das H. G. im Rechtsstreite darüber zuständig. Ferner ist der §. 37 der J. N., welcher die Klagen gegen eine Verlassenschaft vor geschehener Einantwortung an die Abhandlungsbehörde weist, daselbst im zweiten Hauptstücke in der ersten Abtheilung über den persönlichen Gerichtsstand enthalten, wurde daher irrig auf den in der dritten Abtheilung, welcher von der Handels- und Seegerichtsbarkeit handelt, erwähnten Causalgerichtsstand angewendet, durch welche irrige Gesetzesanwendung die Abänderung der gleichförmigen Entscheidungen sich rechtfertigt."

Nr. 2804.

Behandlung von rückständigen Vermögensübertragungsgebühren bei der Meistgebotsvertheilung: Berechnung der Frist für die sachliche Haftung.

Entsch. v. 28. Mai 1867, Nr. 4391 (Best. des das Decr. des B. G. Hallein v. 9. Februar 1867, Nr. 906, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 2. April 1867, Nr. 5948). G. H. 1867, S. 58.

Bei der Vertheilung des Meistgebotes für eine executiv verkaufte Realität nahm die erste Instanz am 9. Februar 1867 „die Kaufgebühr aus dem Vertrage ddo. 29. Jänner 1859" unter die Vorzugsposten auf. Dagegen beschwerte sich jener Hypothekargläubiger, welcher durch den Betrag dieser Gebühr an seiner Forderung Abbruch erlitt, weil jene Gebühr, als weit über drei Jahre aushaftend, erst nach allen Tabulargläubigern zu classificiren sei. Die zweite Instanz verordnete auch dieses, denn „gedachte Forderung genießt, als vom Jahre 1859 herrührend, nicht jenes Vorzugsrecht, welches derselben in erster Instanz gegeben wurde". Im Revisionsrecurse wurde

erwähnt, daß die fragliche Gebühr erst am 6. Februar 1867 bemessen und der Zahlungsauftrag am 7. desselben Monats dem Ersteher der Realität war zugestellt worden, so daß zufolge der Verordnung des Finanzministeriums vom 3. Mai 1850, R. G. Bl. Nr. 181, III, 14, das Vorzugsrecht derselben erst binnen drei Jahren von dem Tage der Zustellung (7. Februar 1867) erlösche, also noch immer aufrecht bestehe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung. Denn es kann unter den im bezogenen Absatze III, 14 erwähnten Steuerpflichtigen mit Bezug auf das Patent vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, doch zunächst nur Jener verstanden werden, der die steuerbare Handlung unternommen hat, also hier der Verkäufer und der Käufer, welche den diesfälligen Vertrag vom 29. Jänner 1859 schlossen, gegen die aber seit 18. März 1859, wo dem Steueramte die darauf gegründete Besitzanschreibungsverordnung zur Gebührenbemessung zugestellt wurde, keine Bemessung der Gebühr erfolgte, daher auch gar kein Zahlungsauftrag erlassen wurde, da Beides erst acht Jahre später und nicht gegen die ursprünglich Zahlungspflichtigen, sondern gegen den Ersteher der Realität, daher nur vermöge des gesetzlichen Pfandrechtes erfolgte, welches aber zufolge obigem Absatz III, 14 binnen drei Jahren erlischt, wenn nicht die Gebühr in den öffentlichen Büchern ersichtlich gemacht worden ist, was im vorliegenden Falle nicht geschah. Hat nun entweder das Gericht — wie der Vertreter des Aerars behauptet — es unterlassen, im Jahre 1859 den Kaufact zur Gebührenbemessung dem Steueramte mitzutheilen (was jedoch ersteres unter Vorlegung des diesfälligen Zustellungsbogens vom 18. März 1859 in Abrede stellt) oder das Steueramt selbst übersehen, die Bemessung vorzunehmen und den Zahlungsauftrag an die unmittelbar Verpflichteten zu erlassen, so kann nicht statt derselben nach Verlauf von acht Jahren eine dritte Person unmittelbar in Anspruch genommen, rücksichtlich ein Hypothekargläubiger zur Zahlung der Gebühr angehalten werden, zumal dieses nicht einmal dann geschehen dürfte, wenn sogleich im Jahre 1859 ein Zahlungsbefehl geschöpft und der Partei zugestellt, jedoch die Ersichtlichmachung im öffentlichen Buche nicht bewerkstelligt worden wäre. Auch würde sonst das Institut der öffentlichen Bücher an Vertrauenswürdigkeit verlieren, wenn man ungeachtet des Standes desselben doch in Nachtheil kommen könnte, falls — sei es auch vor noch so langer Zeit — eine Behörde ein Uebersehen begangen hat.

Nr. 2805.

Mieth- oder Pachtvertrag? Gesetzliches Pfandrecht des Bestandgebers.

Entsch. v. 4. Juni 1867, Nr. 4085 (Best. der Urth. des B. G. Hernals v. 5. Jänner 1867, Nr. 26849, und des O. L. G. Wien v. 13. März 1867, Nr. 3079). G. Z. 1867, Nr. 62.

B hatte dem C sein Grundstück zu dem Zwecke in Bestand gegeben, damit Letzterer auf demselben ein hölzernes Theater errichte. A, ein Gläubiger von C, führte gegen dieses, einen Gegenstand des Grundbuches nicht bildende Theater Execution; doch widersetzte sich B der Erfolglassung des Meistgebotes an A, indem er für Zinsrückstände sein gesetzliches Pfandrecht als Bestandgeber geltend machte. Dagegen bestritt A dessen Pfandrecht, indem er sich auf den Wortlaut des §. 1101 des a. b. G. B. berief und hervorhob, daß diese Gesetzesstelle keineswegs, wie die Gegenseite behaupte, jedem Bestandgeber ein vom Tage der Illation wirksames gesetzliches Pfandrecht an den invectis und illatis einräume, sondern genau sowohl die Subjecte, welchen das Privilegium zustehe, als auch die Objecte, auf welche sich das gesetzliche Pfandrecht erstrecke, specificire; daß Ausnahmen, wozu die Verfügung des genannten Paragraphen gehöre, streng auszulegen sind und daß somit selbst dann, wenn über die Tragweite des §. 1101 des a. b. G. B. ein Zweifel bestände, dem Gegner, weil er einen leeren Gartengrund zur Erbauung eines Theaters in Bestand gegeben hat, also offenbar als Verpächter anzusehen ist, kein gesetzliches Pfandrecht an dem Theater nebst Requisiten zugestanden werden könne, indem ein solches Pfandrecht dem Verpächter eines Grundstückes nur an dem auf dem Pachtgute vorhandenen Vieh und den Wirthschaftsgeräthschaften und den darauf noch befindlichen Früchten zustehe. Schließlich wurde noch darauf hingewiesen, daß die diesem Gesetze zu Grunde liegende legislatorische Absicht nur dahin gehe, den Bestandgebern bei den gewöhnlichen Arten von Bestandverträgen aus national-ökonomischen und social-polizeilichen Rücksichten eine besondere Sicherheit einzuräumen. Die erste Instanz entschied, daß B „als Verpächter des Grundes, auf welchem das Theater erbaut ist, bezüglich seiner Pachtforderung das Pfandrecht an den eingebrachten Wirthschaftsgeräthschaften habe, worunter im weiteren Sinne nicht blos die zu einer Landwirthschaft, sondern überhaupt die zu einer wirthschaftlichen Unternehmung gehörigen Geräthschaften verstanden werden müssen; daß eben das Theatergebäude selbst und die darin befindlichen Effecten unter diesen Begriff fallen, daß B dieses gesetzliche Pfandrecht auch durch die angesuchte und ganz gesetzmäßig bewilligte pfandweise Beschreibung geltend machte". Die zweite Instanz entschied zu Gunsten des B aus folgenden Gründen: „Der fragliche Bestandvertrag ist als Miethvertrag zu betrachten, weil darin Grundstücke zum Behufe der Aufstellung eines Theaters in Bestand

gegeben wurden und daher die Grundstücke nicht als ertragsfähiges Object betrachtet waren, sondern in einer Weise benützt werden sollten, welche eine unmittelbare Anwendung von Fleiß und Mühe ausgeschlossen hat. Allerdings erforderte das gebaute Theater eine Mühewaltung, was aber belanglos bleibt, weil nicht das aufgeführte Gebäude, sondern der Grund Gegenstand des Vertrages war und ein solcher nach Umständen sich auch ohne Bearbeitung gebrauchen läßt. Der §. 1101 des a. b. G. B. gewährt nun dem Vermiether einer Wohnung ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Einrichtungsstücken, welche zur Zeit der Klage noch darin befindlich sind. Indem das Gesetz hier den Ausdruck „Wohnung“ gebraucht, wollte es eben die gewöhnlichen Fälle berühren und unbestritten. erstreckt sich das bezeichnete Recht des Vermiethers auch auf alle anderen Localitäten, welche zur Aufnahme von Effecten und Geräthschaften bestimmt sind, ebenso wie unter dem Ausdrucke: „Einrichtungsstücke und Fahrnisse“ jede bewegliche Sache verstanden sein soll, welche eben in jenen Localitäten untergebracht wird. Diese Anschauung stützt sich auf die Betrachtung, daß die offenbare Absicht des Gesetzgebers: dem Bestandgeber von Realitäten wegen der mit denselben verbundenen Lasten eine besondere Garantie zu verschaffen, nicht erfüllt wäre, wenn die im §. 1101 des a. b. G. B. gebrauchten Worte im eingeschränkten Sinne genommen würden. Der gleiche Grund macht sich in dem vorliegenden Falle geltend, wo ein freier Platz zur Aufstellung eines industriellen Unternehmens vermiethet war, und ebenso, wie bei der Vermiethung eines Hofraumes, eines Gartens das gesetzliche Pfandrecht sich auf alle daselbst eingebrachten Fahrnisse erstrecken würde, muß dasselbe für jene beweglichen Sachen wirksam sein, welche eben auf dem freien Platze sich befinden. Uebrigens steht das im bezeichneten Gesetze gewährte Privilegium nicht vereinzelt, da auch in anderen Fällen und neuestens durch die Handelsgesetze mehrfach ein gesetzliches Pfandrecht verliehen ist, weshalb die Regel, daß Ausnahmsbestimmungen strenge auszulegen sind, bei dieser Entscheidung nicht beirrt.“ In dem gegen die obergerichtliche Entscheidung eingebrachten Revisionsrecurse wurde zunächst betont, daß dieser Recurs nicht als gegen gleichlautende Entscheidungen gerichtet betrachtet werden könne, weil die beiden Untergerichte in der Motivirung von geradezu entgegengesetzten Standpunkten ausgehen. Es wurde ferner hervorgehoben, daß zur Ausbauung des Theaters auf dem fraglichen Grundstücke Fleiß und Mühe aufgewendet werden mußte, daß es sich also nicht um einen Miethvertrag handle; daß der §. 1101 des a. b. G. B. deshalb, weil auch andere Gesetze Pfandrecht ex lege einräumen, noch nicht aufhöre, ein Ausnahmsgesetz zu bilden, und daß endlich kein Grund abzusehen wäre, warum der Gesetzgeber nach der Anschauung des Obergerichtes gerade dem Vermiether ein hinsichtlich der Objecte ganz unbeschränktes Pfandrecht ein-

räumen wollte, während er das Pfandrecht des Verpächters auf bestimmte Gegenstände beschränkte.

Der oberste Gerichtshof fand jedoch diesem Recurse keine Folge zu geben, in der Erwägung, daß die im §. 1091 des a. b. G. B. gemachte Unterscheidung zwischen Mieth- und Pachtvertrag so auszulegen ist, daß jeder Bestandvertrag sich in die eine oder andere Art reihen läßt; daß bei dieser Unterscheidung die unmittelbare Gebrauchsbestimmung in's Auge zu fassen ist, und daß im vorliegenden Falle die Grundfläche in Bestand gegeben wurde, nicht zur fruchtbringenden Bearbeitung des Bodens selbst, sondern zum Gebrauche derselben als Raum, um daselbst eine Erwerbsunternehmung zu errichten, deren Betrieb erst zur Einbringung eines Gewinnes zu benützen war; daß demnach unter Festhaltung der Auffassung des Obergerichtes in den gleichförmigen untergerichtlichen Entscheidungen eine Verletzung des Gesetzes nicht gefunden werden konnte.

Nr. 2806.

Abgrenzung des streitigen Verfahrens vom nichtstreitigen: Aufstellung eines Verwalters einer gemeinsamen Sache.

Entsch. v. 4. Juni 1867, Nr. 4777 (Best. des Decr. des B. G. Hernals v. 12. März 1867, Nr. 3754, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 24. April 1867, Nr. 7065). G. Z. 1868, Nr. 52. G. H. 1867, S. 295.

Die A, Miteigenthümerin von zwei Häusern, bat in einem Gesuche um Anordnung einer Tagsatzung zur Einvernehmung ihres Gatten B, des Mitbesitzers der Häuser über einen gemeinschaftlich aufzustellenden Verwalter derselben, eventuell, falls keine Einigung erzielt würde, gemäß §. 836 a. b. G. B. um Bestellung eines Verwalters dieser beiden Häuser. Bei der auf dieses Gesuch angeordneten Tagsatzung wurde eine Einigung der Parteien nicht erzielt und die Gesuchstellerin wurde nun von der ersten Instanz angewiesen, ihre Ansprüche im ordentlichen Rechtswege, d. h. mittelst Klage, geltend zu machen. Das O. L. G. hat auf den Recurs der A die erstgerichtliche Entscheidung dahin abgeändert, daß die Aufstellung eines Verwalters der Häuser bewilligt, zur Wahl eines solchen die Einvernehmung beider Theile veranlaßt und für den Fall, als ein Einverständniß nicht erzielt werden sollte, diesfalls mit der gerichtlichen Bestellung eines gemeinschaftlichen Verwalters vorgegangen werde; denn es handle sich hier um die Verwaltung von Sachen, woran beiden Theilen gleiche Eigenthumsrechte zustehen, daher um Ausführung der gesetzlichen Bestimmung des §. 836 a. b. G. B. Hiebei sei weder über ein streitiges Rechtsverhältniß zu entscheiden, noch ein Beweisverfahren nothwendig, daher die Durch-

führung eines Rechtsstreites nicht erforderlich (§§. 2 und 7 des Gesetzes vom 9. August 1854 über das Verfahren außer Streitsachen) und erscheine, da es sich eben um die Verwaltung handelt, die Einschreitung und Verfügung um so dringlicher, weil es sich um eine provisorische Maßregel zum Schutze des Eigenthumes handle und hiedurch das gleiche Recht für beide Theile gewahrt werde, indem aus dem früheren Zugeständnisse der Verwaltung durch den Ehegatten für denselben noch keineswegs das Recht erwachsen sei, gegen den ausdrücklich ausgesprochenen Willen seiner Gattin für sie die Verwaltung fortzusetzen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen Bescheid in Erwägung, daß es sich nicht lediglich um die im §. 836 des a. b. G. B. vorgesehene, eventuell durch den Richter zu treffende Wahl der Person eines Verwalters einer gemeinschaftlichen Sache, sondern erst um die Entscheidung der Frage handelt, ob die A, nachdem sie die Ehescheidung beabsichtigt und deswegen ihrem Gattten B die Verwaltung ihres Vermögens zu entziehen erklärt hat, berechtigt sei, zu begehren, daß für die Häuser, an deren Miteigenthum sie geschrieben steht, im Interesse beider Ehegatten eine dritte Person als Verwalter aufgestellt werde; daß über die Frage der unbedingten oder bedingten Verpflichtung eines Theilhabers zur Gestattung einer wichtigen Veränderung, welche zur besseren Benutzung einer gemeinschaftlichen Sache vorgeschlagen wird, wohl gleichmäßig wie im §. 836, auch im §. 835 a. b. G. B. der Richter zur Entscheidung berufen erscheint, daß es sich aber dabei und namentlich auch im vorliegenden Falle um die Entscheidung einer Rechtsfrage handelt, wobei nicht lediglich das Vorliegen einer Gemeinschaft des Eigenthumes genügt, sondern noch einschlägige besondere Verhältnisse von Einfluß sein können, deren Untersuchung nicht von Amtswegen vorzunehmen ist; daß nach den §§. 108 und 117 des a. b. G. B., wenn bei einer Ehescheidung Streitigkeiten vorkommen, welche sich auf die Absonderung des Vermögens oder auf andere Forderungen und Gegenforderungen beziehen, bei dem Mangel der Erzielung eines Vergleiches die Parteien (mit alleiniger Ausnahme des im officiösen Wege für Gattin und Kinder inzwischen zu bestimmenden Unterhaltes) auf das ordentliche Rechtsverfahren zu verweisen sind; daß wegen der klaren Analogie diese Vorschrift auch auf den vorliegenden Fall der beabsichtigten Einleitung der Ehescheidung Anwendung findet; daß zur Anordnung einer Sequestration im Sinne der allgemeinen Gerichtsordnung die gesetzlichen Bedingungen nicht nachgewiesen sind.

Nr. 2807.

Behandlung rückständiger Vermögensübertragungsgebühren bei der Meistgebotsvertheilung: Unwirksamkeit der nach Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist erwirkten Intabulation.

Entsch. v. 5. Juni 1867, Nr. 4707 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Hernals v. 15. März 1867, Nr. 27823, und des O. L. G. Wien v. 24. April 1867, Nr. 7813). G. Z. 1867, Nr. 58.

Bei der am 15. März 1867 gepflogenen Verhandlung über die Vertheilung des Meistgebotes einer Realität begehrte das Aerar die Berichtigung eines Restes von 65 fl. einer Vermögensübertragungsgebühr als Vorzugspost, bezüglich welcher Gebühr der Zahlungsauftrag der zahlungspflichtigen Partei zwar schon am 4. Juli 1862 zugestellt, jedoch derselben später noch die Frist bis Georgi 1864 ertheilt, und am 12. September 1866 (also vor der am 8. November 1866 stattgefundenen Feilbietung) die Einverleibung auf die Realität war erwirkt worden, so daß mit Rücksicht auf den von Georgi 1864 beginnenden Verlauf der dreijährigen Verjährungszeit, dann die durch die Einverleibung geschehene Unterbrechung der Verjährung, wenn man schon den Ablauf der dreijährigen Frist annehmen wollte, das Vorrecht des Aerars gewahrt sei. Das Aerar berief sich dabei auf die Ministerialverordnung vom 3. Mai 1850, R. G. Bl. Nr. 181, Absatz III, 14, und §. 11 des Gesetzes vom 13. December 1862, R. G. Bl. Nr. 89, wonach das Vorrecht der Gebühren erst nach Ablauf der zur Berichtigung derselben offenstehenden Frist zu erlöschen hat, dann, daß das Befugniß der Behörden, Termine zur Zahlung zu ertheilen, dem Rechte des Aerars nicht abträglich sein kann. — Alle drei Instanzen erkannten dem Aerar das Vorrecht nicht zu. Die erste Instanz, weil das Vorrecht bereits mit 4. Juli 1865 verjährt war, welche Verjährung durch die gegebene Zahlungsfrist nicht unterbrochen wurde, indem dadurch die Rechte der Satzgläubiger beeinträchtigt würden; die zweite Instanz in der Erwägung, daß nach §. 11 des Gesetzes vom 13. December 1862 die gesetzliche und nicht die verlängerte Frist maßgebend ist, durch das Einverständniß der Gebührenbehörde mit dem Schuldner den Rechten der Gläubiger nicht entgegengetreten werden kann und auch die Einverleibung erst nach eingetretener Verjährung angesucht wurde.

Der oberste Gerichtshof stützte sich auf Nachstehendes: Zugegebenermaßen ist der gebührenpflichtigen Partei der Auftrag zur Zahlung jener Summe, deren Rest die 65 fl. bilden, am 20. Mai 1862 zugestellt worden, wonach das gesetzliche Vorrecht der Gebühr am 20. Mai 1865 verjährt war (Ministerialverordnung vom 3. Mai 1850, Nr. 181, III, 14) und die Verjährung nicht erst mit der bis Georgi 1864 von der Finanzbehörde erweiterten Frist begonnen hat, da

das Gesetz vom 13. December 1862, Nr. 89, im §. 11 bestimmt, daß das Vorrecht in dem Falle, wo das Gesetz — also nicht eine Behörde — Fristen zur Entrichtung der Gebühr gegeben hat, erst nach drei Jahren vom Verlaufe der betreffenden gesetzlichen — nicht wie im Recurse gesagt wird, der ertheilten oder erweiterten Frist zu erlöschen hat. Auch wäre es mit dem Vertrauen, welches die öffentlichen Bücher genießen sollen, nicht vereinbar, wenn Gebühren, die über drei Jahre oder noch länger rückständig sind, zum Nachtheile der Gläubiger ein Vorrecht genießen sollten, weil dem Zahlungspflichtigen noch weitere Fristen gegeben werden, von denen die Gläubiger keine Kenntniß haben, die vielmehr vermöge des Zeitpunktes des Entstehens der Gebühr selbe für längst berichtigt, oder doch deren Vorrecht für erloschen halten müssen. Die am 12. September 1866 geschehene Einverleibung der Gebühr konnte doch eine bereits am 20. Mai 1865 eingetretene Verjährung nicht unterbrechen und das schon verlorene Vorrecht wieder aufleben machen. Endlich mag das Zuwarten des Aerars sein Recht dem Schuldner gegenüber nicht beeinträchtigen, wohl aber kann dieses im Verhältnisse zu den Hypothekargläubigern ebenso geschehen, wie es bei letzteren der Fall ist, wenn sie dem Schuldner Fristen über die Verjährungszeit hinaus zugestehen.

Nr. 2808.

Nichtexecutive Einverleibung auf Grund eines Schiedsspruches.

Entsch. v. 6. Juni 1867, Nr. 4543 (Best. des Decr. des L. G. Lemberg v. 27. Jänner 1866, Nr. 62150, Abänd. des Decr. des O. L. G. Lemberg v. 10. August 1866, Nr. 15545). G. Z. 1867, Nr. 83.

A hatte mit B das Uebereinkommen getroffen, ihre Streitigkeit einem Schiedsgerichte zu unterziehen und B in diesem Uebereinkommen bereits bewilligt, daß die aus dem künftigen Schiedsspruche für A sich etwa ergebenden Rechte auf seine Realität einverleibt werden können. Als nun ein solcher Spruch zu Gunsten des A erfolgt war, bat dieser bei der Realinstanz um Intabulation oder doch Pränotirung der ihm zuerkannten Ansprüche. Die erste Instanz bewilligte auf Grund des Compromißvertrages und des schiedsgerichtlichen Urtheiles blos die Pränotirung, weil die Intabulation der im schiedsrichterlichen Vergleiche seitens des B eingeräumten Hypothek auf Grundlage des Urtheils begehrt wird, welches aber, wenn dessen Execution nicht vom zuständigen Richter bewilligt wurde, keine tabularfähige Urkunde ist und die Intabulirung nicht zulässig macht. Die zweite Instanz bewilligte die Einverleibung: denn B hat anticipativ in der Compromißverschreibung die Intabulirung der in Rede stehenden aus

dem Schiedsspruche für den Bittsteller sich ergebenden Rechte bewilligt, daher eine neuerliche Auffandung nicht mehr nöthig war; es hat somit Bittsteller die Intabulation dieser Rechte nicht im Wege der Execution des Schiedsspruches, sondern zur Sicherstellung derselben, mithin ganz gegründet, bei der Realbehörde angesucht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz. Gründe: B hat das Begehren um Intabulation nicht im Executionswege bei dem zuständigen Executionsrichter, sondern nur im Sicherstellungswege bei der Realinstanz angesucht: in dem Sicherstellungswege aber kann ein Schiedsspruch nach den Bestimmungen der §§. 432 und 435 a. b. G. B., dann nach Analogie des Hofdecretes vom 24. Dec. 1798, J. G. S. Nr. 446, als eine intabulationsfähige Urkunde nicht angesehen werden. Die Intabulationsclausel in der Compromißverschreibung selbst entspricht den Anforderungen des §. 435 a. b. G. B. keineswegs, weil in derselben die zu intabulirenden Rechte und Verbindlichkeiten speciell nicht bezeichnet sind und im Vorhinein nicht bezeichnet werden konnten.

Nr. 2809.

Fortbestehen des ganzen Ausgedings nach dem Tode eines der berechtigten Ehegatten.

Entsch. v. 14. Juni 1867, Nr. 4552 (Best. des Urth. des B. G. Gabel v. 29. Dec. 1866, Nr. 3382, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 2. April 1867, Nr. 6793). G. H. 1867, S. 383.

Die Eheleute A hatten ihr Gut mit Vorbehalt eines Ausgedings verkauft und der Käufer in der Vertragsurkunde sich verpflichtet, dem A und seiner Gattin das lebenslängliche Ausgeding (Wohnung und Naturalien) za leisten. Das Gut, worauf das Ausgeding sichergestellt wurde, überging auf den B und nach dem Tode des Ehegatten A belangte seine Witwe den B auf Leistung des ganzen Naturalien-Ausgedings.

Mit Abänderung des obergerichtlichen Urtheils, worin der Klägerin nur die Hälfte der Naturalien zuerkannt wurde, hat der oberste Gerichtshof dem Klagbegehren vollständig stattgegeben in Erwägung, daß das Wort „lebenslänglich" im Kaufvertrage auf das ganze Ausgeding bezogen werden muß, da für das Naturalien-Ausgeding ein anderer Zeitraum nicht festgesetzt ist, von einer Verringerung des Gesammtausgedings im Falle des Todes eines Ehetheiles im Vertrage keine Erwähnung gemacht ist und eine Halbirung desselben in dem besagten Falle nur dann eintreten könnte, wenn sie im Vertrage ausdrücklich bestimmt worden wäre, zumal die Hälfte des für zwei

Personen bemessenen Ausgedings nicht immer zur Verpflegung Einer Person hinreicht, welche doch bei Festsetzung eines Ausgedings durch Kaufvertrag stets bezweckt ist, da dasselbe einen Theil des Kaufpreises vertritt.

Nr. 2810.

Einbringung rückständiger Vermögensübertragungsgebühren durch Execution gegen den späteren Erwerber des Gutes.

Entsch. v. 14. Juni 1867, Nr. 4622 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Pettau v. 25. Nov. 1866, Nr. 13350, und des O. L. G. Graz v. 5. Februar 1867, Nr. 1451). G. Z. 1867, Nr. 84. G. H. 1867, S. 404.

Die C hatte ein liegendes Gut erworben und es ergingen an sie im Juni 1865 und im Jänner 1866 die Aufträge zur Zahlung der Uebertragungsgebühr. Ehe diese erfolgte, verkaufte die C ihr Gut an B und nun richtete die Finanzprocuratur gegen diesen ein Gesuch um Einverleibung des executiven Pfandrechtes. Die erste und zweite Instanz schlugen das Gesuch ab; die erste, weil nach Vorschrift des Ministerialerlasses vom 27. December 1859, R. G. Bl. Nr. 236, wenn es sich um Geltendmachung der im §. 72 des Patentes vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, und im Abs. III, 14 der Min.-Vdg. vom 3. Mai 1850, R. G. Bl. Nr. 181, ausgesprochenen Haftung der bezüglichen Sache für die Gebühr handelt, nicht nur die Gesuche um Eintragung der Zahlungsauflage gegen den bücherlich eingetragenen Eigenthümer der zu belastenden Sache mit der ausdrücklichen Bezeichnung als Besitzer der haftungspflichtigen Güter zu richten sind und ebenso der dieser Person zuzustellende Zahlungsauftrag zu lauten hat; daß aber die dem Gesuche allegirten Zahlungsaufträge nur gegen C und nicht gegen B als Besitzer des haftungspflichtigen Gutes lauten. Das Obergericht bezog sich auf diese Gründe und fügte bei, daß der Ministerial-Erlaß vom 27. December 1859, Nr. 236, ausdrücklich vorschreibt, daß der dem grundbücherlich eingetragenen Eigenthümer zuzustellende Zahlungsauftrag mit der Bezeichnung: „als Besitzer des haftungspflichtigen Gutes“ zu lauten habe, was auch schon daraus hervorgeht, daß, bevor gegen den vom persönlich Verpflichteten verschiedenen Besitzer des Gutes die Einverleibung des executiven Pfandrechtes erwirkt werden kann, demselben der Zahlungsauftrag zugestellt und rechtskräftig geworden sein muß und hiefür die vom Gesetze ausgesprochene Haftung, welche ohnehin während der Dauer der den Uebertragungsgebühren eingeräumten Priorität unbeirrt bleibt, nicht genügt.

Auf den außerordentlichen Revisionsrecurs der Finanzprocuratur bewilligte der oberste Gerichtshof die gebetene executive Einverleibung, „weil derlei Gebühren zufolge §. 72 des Patentes vom 9. Februar 1850, Nr. 50, auf der Sache haften, in Gemäßheit der Ministerial-Verordnung vom 3. Mai 1850, Nr. 181, auf die Dauer von drei Jahren vor allen anderen darauf ersichtlichen Forderungen ein Vorrecht haben, demnach im Sinne des §. 443 a. b. G. B. auf jeden weiteren Eigenthümer der damit behafteten Sache übergehen; die fraglichen Gebühren zu einer Zeit entstanden sind, wo C die haftungspflichtige Sache noch selbst besessen hat, daher die Zahlungsaufträge gegen sie gesetzlich erlassen wurden und in Rechtskraft erwachsen sind; weil ferner die Finanzprocuratur ihr darauf gestütztes Executionsgesuch auch gegen B als neuen Eigenthümer der Realität gerichtet, somit auch dem Ministerialerlasse vom 27. December 1859, Nr. 236, kraft dessen solche Gesuche gegen den jeweiligen Eigenthümer gerichtet sein, aber deswegen nicht auch die Zahlungsauflagen auf seinen Namen lauten müssen, vollkommen entsprochen hat."

Nr. 2811.

Executive Feilbietung eines gemeinschaftlichen Gutes: Ungiltigkeit des Actes gegenüber einem der Miteigenthümer.

Entsch. v. 18. Juni 1867, Nr. 5249 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 5. März 1867, Nr. 11439, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 18. April 1867, Nr. 6833). G. Z. 1867, Nr. 78. G. H. 1867, S. 388.

Es wurde am 26. Februar 1867 die den Eheleuten Karl und Anna B gehörige Realität feilgeboten, von A erstanden, vom Gerichtshofe aber in Erledigung des Feilbietungsprotokolles „bei dem Umstande, als über das Vermögen des Karl B bei demselben Landesgerichte am 23. Februar 1867 der Concurs eröffnet worden war, die obige Feilbietung der zur Hälfte dem Karl B gehörigen Realität als nicht zu Recht bestehend erklärt". Das O. L. G. hob auf Recurs des Erstehers diesen Bescheid, insoweit damit auch die in Ansehung der der Anna B gehörigen Hälfte vorgenommene Feilbietung als nicht zu Recht bestehend erklärt wurde, auf, da ohne Einschreiten der betheiligten Parteien zu einem solchen Ausspruche keine Veranlassung vorlag, übrigens es keinem Anstande unterliegen kann, den auf diese Haushälfte entfallenden Antheil des Meistgebotes zu ermitteln, auch kein Grund vorliegt, die in Ansehung dieser Realitätenhälfte vollzogene Execution als rechtsunwirksam zu erklären.

Dagegen ergriff Anna B den Recurs, welchen der oberste Gerichtshof aus den obergerichtlichen Gründen verwarf.

Nr. 2812.

Reformatio in pejus bezüglich des Ausspruches über die Proceßkosten.

Entsch. v. 25. Juni 1867, Nr. 4971 (theilweise Best. und Abänd. der Urth. der Prätur Rovigno v. 30. Jänner 1867, Nr. 168 und des O. L. G. Triest v. 27. März 1867, Nr. 910). Gazz. d. Trib. 1868, Nr. 33 u. 34. G. Z. 1871, Nr. 17.

In einem Proceß hatte die erste Instanz der Beklagten einen Erfüllungseid und einen Haupteid aufgetragen, dieselbe, wenn sie den einen oder den anderen Eid schwört, klagfrei gesprochen und zugleich den Ersatz der Proceßkosten ihr zuerkannt, in dem Falle aber, daß sie keinen der Eide ableistet, dem Klagbegehren stattgegeben und die Beklagte zum Ersatz der Proceßkosten verurtheilt. Auf die nur vom Kläger ergriffene Appellation beseitigte das O. L. G. den Erfüllungseid, sprach aber zugleich für alle Fälle die Compensation der erstgerichtlichen Proceßkosten aus. Dagegen ergriffen beide Parteien die Revisionsbeschwerde: Die Beklagte wegen Eliminirung des in erster Instanz alternativ zugelassenen Erfüllungseides; der Kläger mit der Bitte um Zuerkennung des Ersatzes der erstgerichtlichen Proceßkosten bei Nichtablegung des der Beklagten aufgetragenen Haupteides.

Der oberste Gerichtshof hat, mit Verwerfung der Beschwerde der Beklagten, jener des Klägers in der Erwägung stattgegeben, daß das O. L. G., indem es, der Appellation des Klägers entsprechend, den in erster Instanz alternativ zugelassenen Erfüllungseid der Gegnerin beseitigte, die Lage, in welche der Kläger in Betreff der Proceßkosten durch das im Kostenpunkte unangefochten gebliebene Urtheil des ersten Richters gesetzt worden war, nicht mehr zu seinem Nachtheile abändern durfte.

Nr. 2813.

Unzulässigkeit der Executionsführung auf das feilgebotene, aber dem Ersteher noch nicht zugeschriebene Gut durch Gläubiger des bisherigen Besitzers.

Entsch. v. 25. Juni 1867, Nr. 5247 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Klosterneuburg v. 12. Februar 1867, Nr. 591 und des O. L. G. Wien v. 24. April 1867, Nr. 7381). G. Z. 1868, Nr. 20.

B erstand bei der im Jahre 1861 stattgefundenen executiven Veräußerung das dem C gehörige Grundstück, erwirkte aber die Einverleibung seines Eigenthumsrechtes erst im Juli 1864, hatte auch von der in den Licitationsbedingnissen dem Ersteher eingeräumten Befugniß, seine Rechte aus dem Feilbietungsprotokolle sogleich auf der

Realität sicherstellen zu lassen, keinen Gebrauch gemacht. Mittlerweile war schon im Jahre 1863 dem Gläubiger A des noch immer als Eigenthümer im Grundbuche erscheinenden C die Pränotirung und am 18. Februar 1864 — also vor der Besitzanschreibung des A vom Juli 1864 — die executive Einverleibung des Pfandrechtes für eine Forderung an C, sohin auch am 2. April 1864 die executive Schätzung des Grundes bewilligt worden. Darauf begehrte A in einem wider seinen Personalschuldner C und den neuen Grundeigenthümer B gerichteten Gesuche die executive Feilbietung des Grundes, welchem Gesuche in erster und zweiter Instanz stattgegeben wurde, von letzterer mit der Motivirung, daß die Unterlassung der grundbücherlichen Einverleibung des Licitationsprotokolles dem B zur Last fällt; daß die Pränotirung schon zur Zeit der Vergewährung haftete und nur im Rechtswege die Löschung derselben durchgeführt werden kann und überhaupt die Bewilligung der Feilbietung durch den §. 6 der kaiserl. Verordnung vom 19. September 1860, R. G. Bl. Nr. 212, gerechtfertigt erscheint.

Der oberste Gerichtshof änderte diese Entscheidungen ab und verweigerte die Feilbietung. Denn der fragliche Grund ist bereits im Juni 1861 im Wege der executiven Feilbietung von B als Meistbieter erstanden worden. Als solcher hatte er nur die Verpflichtung übernommen, die auf selben haftenden Schulden nach Maßgabe des Meistgebotes zu berichtigen, und A konnte durch die nach der Feilbietung erwirkte Pränotirung nur Rechte auf das Meistgebot, sofern er nicht schon bezahlt war, keineswegs aber auf neuerliche Feilbietung — außer dem nicht als vorhanden behaupteten Falle der Nichtzuhaltung der Licitationsbedingnisse — erlangen. Bei der entgegengesetzten Ansicht würde man auf die Inconsequenzen gerathen, daß Niemand mit Sicherheit auf ein Reale mitbieten könnte, indem es anderen Gläubigern des Executen immerhin möglich bliebe, ein Pfandrecht daran zu erwirken, bevor der Ersteher seine Rechte grundbücherlich sicherstellen kann; ferner, daß ein erst nach der Feilbietung eintretender Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung kommen könnte, während manche vor der Feilbietung schon bestandene Gläubiger wegen Unzulänglichkeit des Kaufpreises leer ausgingen. Es wäre daher in der neuerlichen Feilbietung ein offenbares Unrecht gegen B gelegen.

Nr. 2814.

Abänderung der im Urtheile festgesetzten Eidesformel:

Entsch. v. 25. Juni 1867, Nr. 5368 (Best. des Decr. des L. G. Brünn v. 19. März 1867, Nr. 2496, Abänd. des Decr. des O. L. G. Brünn v. 8. Mai 1867, Nr. 4954). G. H. 1867, S. 335.

Der Haupteid, wovon die Verurtheilung des Beklagten B zur Zahlung von 469 fl. an den Kläger A abhängig gemacht war, lautete

dahin, daß B dem A für gekaufte Waaren einen Rest von 469 fl. schuldig geblieben sei, und wurde dem A stillschweigend zurückgeschoben. Bei der auf die Eidesantretung desselben angeordneten Tagfahrt erklärte A, nach genauerer Durchsicht seiner Bücher gefunden zu haben, daß der Schuldrest des B nur 457 fl. beträgt und stellte das Begehren, zur Beschwörung dieser kleineren Summe zugelassen zu werden. Dagegen protestirte B, und die contradictorische Verhandlung wurde vom Gerichte erster Instanz durch Bewilligung der Bitte des A erledigt, wogegen das O. L. G. dieselbe abwies.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid mit dem Zusatze, daß in Folge der Aenderung der Eidesformel der im Urtheile bedingt zuerkannte Betrag um 12 fl. vermindert wird. Gründe: Die von A beantragte Fassung des Haupteides nimmt Einfluß nur auf die Höhe der Schuld des B und bezweckt eine Berichtigung der in der Klage enthaltenen Berechnung dieser Schuld, beziehentlich des der Klage beigeschlossenen Buchauszuges. Die Berichtigung eines Rechnungsfehlers kann jedoch mit Rücksicht auf §. 1388 a. b. G. B. selbst nach gefälltem Urtheile nicht verwehrt werden. Durch diese Aenderung der Eidesformel wird auch kein Nachtheil für B, vielmehr der Vortheil herbeigeführt, daß sich seine Schuld an A um 12 fl. vermindert, was als nothwendige Folge der Aenderung in der richterlichen Entscheidung auszudrücken war. Durch die gesetzliche Vorschrift (§. 205 a. G. O. und Hofdecret vom 17. Juli 1787, J. G. S. Nr. 607, über den zurückgeschobenen Haupteid, worauf sich das O. L. G. in seiner Motivirung bezog), daß der Eid so abgelegt werden muß, wie er im Urtheile aufgetragen ist, ist nicht auch die Unstatthaftigkeit jeder Berichtigung der Formel nach dem ergangenen Urtheil, wenn der Gegner damit nicht einverstanden wäre, ausgesprochen; sie ist vielmehr zulässig, wenn — wie hier — aus der Vernehmung des Gegners offenbar wird, daß die beantragte Aenderung das Wesen des Processes in der Rechtsfrage gar nicht berührt und dem Rechte des Gegners in keiner Weise abträglich ist, da es mit dem wirklichen Rechte nicht im Einklange stehen würde, den Verlust des Processes darauf zu verhängen, daß die Partei einen Nebenumstand nicht zu beschwören vermag, dessen Unrichtigkeit von ihr erst nachträglich erkannt wurde und der sich ohne Beeinträchtigung der Gegenpartei aus der Eidesformel beseitigen läßt.

Nr. 2815.

Widerruf der bereits erfolgten Annahme der Erbserklärung durch das Gericht. Einfluß der einem Mönche ertheilten Dispensation auf dessen Erbrecht.

Entsch. v. 3. Juli 1867, Nr. 5384 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Brünn v. 12. März 1867, Nr. 1406, und des O. L. G. Brünn v. 7. Mai 1867, Nr. 4186). G. H. 1867, Nr. 377.

Die vom Abhandlungsgerichte erst angenommene Erbserklärung des A zum Nachlaß des ohne Testament verstorbenen M wurde auf den von den anderen Successionsberechtigten erbrachten Nachweis, daß A Benedictinermönch ist, zurückgewiesen und dieser Erlaß vom O. L. G. bestätigt.

A ergriff den Revisionsrecurs, welchen der oberste Gerichtshof verwarf. Gründe: In formeller Beziehung kann in der Ansicht der Untergerichte, daß die Abhandlungsbehörde berechtigt sei, ihre frühere Erledigung der Erbserklärung des A, resp. die Annahme derselben, in Folge des gelieferten Beweises seiner Erbunfähigkeit, wieder aufzuheben und die Erbserklärung zurückzuweisen, eine Nichtigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit nicht erkannt werden, umsoweniger, als die erste Erledigung in Folge mangelhafter Nachweise und der Verschweigung von Thatsachen ergangen war und der Stand der Angelegenheit durch die Ergänzung der Erbserklärung wesentlich geändert worden ist. In merito: Benedictiner-Ordenspriester unterliegen dem Amortisationsgesetze und sind geradezu erbunfähig. Den Ordensobern steht aber nicht das Recht zu, Dispensationen von den geltenden Staatsgesetzen zu ertheilen.

Nr. 2816.

Ablegung des einer Gesellschaft auferlegten Eides nach Auflösung derselben durch einen der Gesellschafter.

Entsch. v. 3. Juli 1867, Nr. 5501 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 19. April 1867, Nr. 26078, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 14. Mai 1867, Nr. 8758). G. Z. 1867, Nr. 79.

In einem Rechtsstreite, den A und C als gewesene Gesellschafter der aufgelösten Firma C & Comp. wider B führten, kam es auf den von „den Klägern“ abzulegenden Schätzungseid an. Sie traten ihn mit dem Bemerken an, daß A denselben schwören werde, worüber eine Verhandlung eingeleitet wurde, in welcher B geltend machte, daß Beide, A und C, den Eid angeboten, die Gerichte zweiter und dritter Instanz auf den Eid der Kläger, also Beider, erkannt

haben, die Kläger nicht mehr als Firma, die bereits erloschen war, einschritten, daß der Betrag des Schadens ihnen Beiden bekannt sein mußte und daß A nicht auch für C schwören könne. Die erste Instanz entschied, daß beide Kläger zur Ablegung des Eides zu erscheinen haben in Erwägung, daß einerseits zwar beide Kläger den Schätzungseid rechtzeitig angetreten haben, daß jedoch das Erkenntniß ausdrücklich besagt, die Kläger haben den Schätzungseid abzulegen, und daß im vorliegenden Falle physische Personen als Kläger einschreiten, dieselben nicht als öffentliche Gesellschafter klagen, und daß in den Satzschriften nirgends gesagt wird, daß der Eid, zu welchem sich vielmehr beide Kläger ausdrücklich erboten haben, nur von Einem aus ihnen, speciell von A, abzulegen sei. Die zweite Instanz erkannte: der Schätzungseid sei dem Gesuche gemäß von A allein abzulegen. Denn im Erkenntnisse wird der fragliche Eid den Klägern nur collectiv vorbehalten, ohne daß darin das Wort: „Beide" angeführt und ohne daß die Person, welche den Eid abzulegen hat, benannt erscheint. Die Auslegung dieses Erkenntnisses dahin, daß beide Kläger den obigen Schätzungseid abzulegen haben, erscheint nicht gerechtfertigt, vielmehr muß es als hinreichend und dem Sinne und Geiste des Erkenntnisses entsprechend angesehen werden, daß der Eid von A allein abgelegt wird, weil der zu schwörende Schätzungseid sich auf Thatsachen bezieht, welche in die Zeit der zwischen beiden Klägern bestandenen Handelsgesellschaft fallen, und weil jeder der beiden Kläger die letztere zu vertreten berechtigt war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung. „Denn sowohl nach Inhalt der Widerklage der A und C, wie der früheren Klage des B gegen Beide, „als gewesene öffentliche Gesellschafter der Firma C & Comp.", haben diese gemeinschaftlich und in letzterwähnter Eigenschaft das dem Rechtsstreite zu Grunde liegende Geschäft mit B geschlossen. Seine durchgehends an C & Comp. oder an A gerichteten Briefe zeigen, daß er nur mit der Firma, und insbesondere mit A persönlich den Vertrag abschloß. Es ist demnach jeder der beiden gewesenen öffentlichen Gesellschafter, namentlich aber A berechtigt, den Betrag des den beiden Mitgliedern obiger Gesellschaft zugegangenen Schadens schätzungsweise zu beschwören.

Nr. 2817.

Verhandlung in possessorio summariissimo über unbefugte Ausdehnung der Servitut?

Entsch. v. 3. Juli 1867, Nr. 5505 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Rovigno v. 25. Jänner 1867, Nr. 342 und des O. L. G. Triest v. 13. März 1867, Nr. 719). Gazz. d. Trib. 1867, Nr. 23 und 24. G. Z. 1871, Nr. 18.

Auf die Klage des B gegen A war in possessorio summariissimo entschieden worden, daß A den B im Besitze des Rechtes, einen großen

Bottich („una mastella grande“), der zwei Brunneneimer hielt, täglich mit Wasser von der Cisterne des A zu füllen, gestört und diesen Wasserbezug dem B ohne ferneren Widerstand zu gestatten habe. Als nun B, der sein Recht auf die letztwillige Anordnung des Autors des A gründete, anfing, sich desselben in ausgiebigerem Maße zu bedienen, indem er täglich einen größeren, vier Eimer haltenden Bottich füllte, wurde er von A wegen dieser Ueberschreitung in possessorio summariissimo belangt. Das Gericht erster Instanz wies die Klage ab, weil die Frage nach dem größeren oder kleineren Umfange der Dienstbarkeit, die B nach dem voraufgegangenen gerichtlichen Erkenntniß thatsächlich besitzt, außer dem Bereiche des possessorium summariissimum liegt, folglich hier nicht zu entscheiden ist. Das O. L. G. bestätigte dieses Erkenntniß und bemerkte in seinen Motiven, daß B, indem er täglich einen großen Bottich Wasser aus der Cisterne des A schöpft, von dem in der letztwilligen Verfügung ihm eingeräumten und vom Richter im vorigen Proceß ihm zuerkannten Recht Gebrauch macht; daß der Maximalgehalt des Bottichs, den er füllen darf, nicht im gegenwärtigen possessorischen Streit zu entscheiden ist, und daß die Thatsache, daß B durch das Schöpfen einer Wassermenge, welche dem Gehalt eines Gefäßes von der in der Klage bezeichneten Größe entsprach, seine bisherige Ausübung des Wasserbezuges ausgedehnt und somit den Besitz des Klägers gestört hat, weder aus den Acten sich ergibt, noch durch den vom Kläger angetragenen Zeugenbeweis festzustellen wäre, wenn auch die Zeugen seine desfallsigen Anführungen vollständig bestätigten.

Nr. 2818.

Nichtigkeit eines gerichtlichen Vergleiches wegen der beim Abschluß und der Intimirung desselben vom Gerichte begangenen Formfehler.

Entsch. v. 4. Juli 1867, Nr. 4804 (Aufheb. der gleichförmigen Urth. des B. G. Krzeszowice v. 30. Sept. 1865, Nr. 580, und des O. L. G. Krakau v. 11. Sept. 1866, Nr. 10008). G. H. 1868, S. 117.

Auf die Klage des A wider B pto. Zurückstellung eines Grundstückes kam noch vor der Einrede ein gerichtlicher Vergleich zu Stande, wonach in dem Falle, daß von drei namhaft gemachten Zeugen zwei die Behauptung des B, das Grundstück von A gekauft zu haben, bestätigen werden, dasselbe dem B verbleiben — im entgegengesetzten Falle aber B zur Herausgabe des Grundstückes verpflichtet sein soll. Das Ergebniß des Zeugenverhöres war dem Kläger günstig, welcher nun im Executionswege die Herausgabe der Liegenschaft begehrte. Der bewilligende Bescheid des Gerichtes erster Instanz wurde im Recurswege cassirt und

dem Gerichte die Fällung eines Urtheils aufgetragen, weil der Vergleich auf einen Beweis durch Zeugen einem Interlocut gleichzustellen, mithin der Gerichtsordnung gemäß ein Endurtheil zu schöpfen sei. Diesem Auftrage entsprechend entschied das Gericht über die Klage des A, welche zum Vergleiche geführt hatte, durch Urtheil zu Gunsten des Klägers und das O. L. G. bestätigte auf die Appellation des B diese Entscheidung.

Dagegen richtete B die außerordentliche Revisionsbeschwerde an den obersten Gerichtshof, welcher in Erwägung, daß das über den Vergleich der Parteien errichtete Protokoll gegen die Vorschrift des §. 247 der Geschäftsordnung für die Gerichte vom 3. Mai 1853, R. G. Bl. Nr. 81, ohne Beiziehung eines beeideten Schriftführers aufgenommen wurde; daß dessen Inhalt auch nicht die Beobachtung der im §. 193 ebendort enthaltenen Vorschrift ergibt, wonach das verbindliche Erklärungen der Parteien enthaltende Protokoll vorläufig vorzulesen war; daß laut der vorliegenden Acten den Parteien nur die Einsichtnahme von dem Vergleichsprotokoll und die Erhebung von Abschriften desselben freigestellt und somit die Vorschrift des Hofdecretes vom 18. Juni 1813, J. G. S. Nr. 1054, außer Acht gelassen wurde, gemäß welcher bei Erledigung des über einen gerichtlichen Vergleich aufgenommenen Protokolles der an die Parteien auszufertigenden Verständigung der Inhalt des Vergleiches wörtlich einzuschalten ist; daß der in Rede stehende Vergleich wegen dieser die Nichtigkeit desselben begründenden Gebrechen nicht geeignet ist, die Grundlage richterlicher Entscheidungen zu bilden — die Urtheile der ersten und zweiten Instanz und das ganze Verfahren, mit Ausnahme des auf die Klage erlassenen Bescheides und des Zeugenverhörsprotokolles, aufgehoben und dem Gerichte erster Instanz aufgetragen hat, zur Erstattung der Einrede eine neue Tagfahrt auszuschreiben und das weitere gesetzliche Amt zu handeln.

Nr. 2819.

Anspruch eines vorzeitig entlassenen Lohnarbeiters auf Entschädigung?

Entsch. v. 4. Juli 1867, Nr. 5341 (Best. des das Urth. des B. G. Rindberg v. 30. März 1867, Nr. 2068, abänd. Urth. des O. L. G. Graz vom 7. Mai 1867, Nr. 4098). G. H. 1867, S. 398.

B, in der Eisengewerkschaft C als Eßmeister für ein Jahr — vom 25. Juli 1862 bis dahin 1863 — angestellt, führte an, daß er am 2. Mai 1863 wegen Einschränkung des Betriebes aus dem Dienst entlassen wurde und daß die Gewerkschaft nach §. 79 der Gewerbeordnung vom 20. December 1859, R. G. Bl. Nr. 227, im

Folge dieser vorzeitigen und ohne gesetzlichen Grund (§. 78 ebendort) geschehenen Entlassung ihm zur Zahlung der bedungenen Wochenlöhne vom 2. Mai bis 25. Juli 1863 und des Relutums der vertragsmäßigen freien Kost und Wohnung für denselben Zeitraum verpflichtet sei. A, welchem B seinen Anspruch cedirt hat, belangte nun mit dem Cedenten als Vertretungsleister die Gewerkschaft auf Zahlung der Entschädigungsforderung im Betrage von 180 fl., nämlich: für 12 Wochen Lohn à 10 fl., 120 fl., und für 12 Wochen Kost und Wohnung 60 fl. Die Beklagte wendete ein: B habe, da er nach der Restringirung des Betriebes im Jänner 1863 (durch Auflassung eines Sensenhammers) als sog. Kramrichter verwendet wurde und diese Beschäftigung ihm nicht zusagte, den Dienst freiwillig verlassen, womit jeder Ersatzanspruch entfallen sei. Das Thatsächliche dieser Einwendung wurde, bis auf den Umstand der freiwilligen Aufgabe des Dienstes, von B zugestanden, welcher auf seiner Anführung beharrte, von der Gewerkschaft entlassen worden zu sein, und zum Beweis dessen derselben den Haupteid auftrug. Die erste Instanz erkannte auf diesen Haupteid und auf den Schätzungseid des B, daß ihm durch die Dienstentlassung ein Schaden von 60 fl. an seinem Lohne erwachsen sei, und verurtheilte, unter der Bedingung dieser Beweise, die Gewerkschaft dem Cessionar A zur Zahlung des auf 60 fl. für Lohn und auf 39 fl. für Kost und Wohnung, zusammen 99 fl., herabgesetzten Klaganspruchs. Vom O. L. G. wurde die Klage unbedingt abgewiesen, weil in den Fällen der §§. 79 bis 81 der citirten Gewerbeordnung die Grundsätze des a. b. G. B. über Schadenersatz zur Anwendung zu bringen seien, mithin dem Kläger der Beweis oblag, daß er einen Schaden erlitten habe, zu dessen Vergütung die Gewerkschaft verpflichtet wäre. Nun habe er weder angeführt noch bewiesen, daß er durch die Dienstentlassung von Seite der Beklagten am 2. Mai 1863 (welche daher auch unentscheidend ist) beschädigt worden sei; wenn der Kläger, wie er behauptet, weder Lohn noch Kost und Wohnung bekommen hat, so liege darin keine Beschädigung, weil er auch keine Arbeit geleistet hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Der Kläger, resp. sein Vertretungsleister und Cedent B hat selbst zugestanden, daß bereits im Jänner 1863 ein Sensenhammer der Gewerkschaft aufgelassen wurde und bei Entlassung von 16 daran beschäftigten Arbeitern dasselbe Schicksal auch ihn als Eßmeister getroffen haben würde, wenn ihm nicht die Stelle eines Kramrichters angetragen worden wäre. Dagegen habe er später protestirt und in Folge dessen sei er am 2. Mai 1863 entlassen worden. Durch diese Angabe in Uebereinstimmung mit den anderen Beweisen ist festgestellt, daß B mit der Auflassung des Breithammerbetriebes, in welchem er als Eßmeister angestellt war, das Erlöschen seines ursprünglichen Dienstverhältnisses nach §. 81 der Gewerbeordnung

selbst anerkannt, das neue Dienstverhältniß als Kramrichter in letzter Zeit abgelehnt, hiermit seine Entlassung selbst herbeigeführt und, da er zur weiteren Fortsetzung der ihm obgelegenen Arbeiten nicht mehr bereit war, nach §. 1155 a. b. G. B. jeden Anspruch auf Entschädigung eigenwillig verwirkt hat. Deshalb und auch mit Bezugnahme auf die Motive des O. L. G. wurde die Entscheidung der zweiten Instanz aufrecht erhalten.

Nr. 2820.

Irrige Angabe einer gesetzten Nummer in dem Lottozettel.

Entsch. v. 9. Juli 1867, Nr. 5413 (Best. des das Urth. der Prätur Triest v. 21. Jänner 1867, Nr. 171, abänd. Urth. des O. L. G. Triest v. 17. April 1867, Nr. 1431). Gazz. dei Trib. 1867, Nr. 19. G. Z. 1868, Nr. 40.

Die laut Einlagschein in der Lottocollectur des B gesetzten Zahlen 10, 14, 47 wurden gezogen. A, welchem der Einsetzer gegen seinerzeitige Ausfolgung der Gewinnsthälfte den Schein cedirt hatte, meldete sich in der Collectur um die Auszahlung des Terno per 144 fl., die ihm aber verweigert wurde, weil die Zahlen auf dem Einlagschein mit jenen der Originalliste nicht stimmten; Lottopatent vom 13. März 1813, §. 4 (Polit. G. S. Franz I. 40. Bd. Nr. 27). Er belangte nun den Collectanten B auf Zahlung der besagten Summe als Schadenersatz (§§. 1294 und 1295 a. b. G. B.). Gegen den von A producirten Einlagschein berief sich der Beklagte auf den davon abweichenden Eintrag in die Originalliste und auf den citirten §. 4 des Lottopatents, gemäß welchem „immer nur nach dem Inhalt der Originallisten allein entschieden und jedes Vorgeben der Parteien, als wären andere Zahlen gespielt worden, nicht beachtet werden kann". Der Kläger replicirte, daß mit dieser Vorschrift nur das Verhältniß zwischen dem Einsetzer und dem öffentlichen Aerar getroffen werde: der Einsetzer habe allerdings das Spiel verloren, wenn zwar sein Einlagschein, nicht aber die Originalliste die gezogenen Zahlen aufzeigt; handelt es sich aber um die Entschädigung für das verlorene Spiel, die der Besitzer eines solchen Einlagscheines von dem Collectanten anspricht, so beweise, umgekehrt, der Einlagschein und nicht die Originalliste. Subsidiarisch erbot sich der Kläger zum Zeugenbeweis durch seinen Auctor und Cedenten, der aber die Thatsache, daß die im Einlagschein notirten Zahlen von ihm gesetzt wurden, nicht zu bestätigen vermochte — und trug schließlich dem Beklagten über den nämlichen Umstand den unrückschiebbaren Hauptеid auf. Das Gericht erster Instanz, welches den B zur Zahlung der Hälfte der Klagsumme verurtheilte, hielt dafür, daß, dem Collectanten gegenüber,

das Spiel auf die drei gezogenen Zahlen durch den Einlagsschein vollständig bewiesen und der davon abweichende Zahleneintrag in der Originalliste auf eine Unachtsamkeit des Collectanten zurückzuführen sei, deren Folgen aber er nicht allein, sondern der Kläger mitzutragen habe, weil ein Verschulden auch seinem Auctor zur Last falle, welcher die im §. 4 des Lottopatentes hervorgehobene Vorsicht, „Bedacht zu nehmen, daß Alles richtig in die Originallisten eingetragen werde, und sich das ganze Spiel nach geschehener Registrirung zurücksagen zu lassen“, nicht beobachtet habe, weshalb der Kläger mit dem Beklagten den Schaden verhältnißmäßig, und zwar, da sich das Verhältniß anders nicht bestimmen lasse, zu gleichen Theilen tragen müsse (§. 1304 a. b. G. B.). — Vom O. L. G. wurde die Klage aus den folgenden Gründen ganz abgewiesen: Nach dem §. 4 des Lottopatentes müssen die gewählten Zahlen, so wie sie der Spieler ansagt, in die zum Amtsgebrauch aufzubewahrenden Originallisten eingetragen werden. Nach §. 5 macht der dem Spieler auszuhändigende Einlagschein nur für den eingesetzten Betrag einen Beweis: es sind darin außerdem die Collecturnummern, Tag und Ort der Ziehung und das erste und letzte Marginal, unter welchem das Spiel in die Originalliste eingetragen wurde, nicht aber auch die gespielten Zahlen zu vermerken. Wenn daher ein Lotto-Einlagschein gleichwohl auch den Vermerk der gespielten Zahlen enthält, so können diese Zahlen nur von der Originalliste dahin übertragen, und wenn der Einlagschein und die Originalliste darin von einander abweichen, so kann der Verstoß nur bei der Ueberschreibung begangen worden sein, mithin der Einlagschein dafür, daß die darauf vermerkten Zahlen die vom Spieler gesetzten sind, keinen Beweis geben. Demnach mußte der Kläger seine Anführung, daß die gezogenen Zahlen 10, 14 und 47 gespielt wurden, auf eine andere Art, als durch den Einlagschein, beweisen. Der dafür angetragene Zeugenbeweis mißlang ihm aber und der irreferible Schiedseid ist unzulässig, weil die damit zu beweisende Behauptung, ohne irgendwie unterstützt zu sein, vielmehr durch die mit dem Charakter einer öffentlichen Urkunde bekleidete Originalliste widerlegt wird.

Auf die Revisionsbeschwerde des Klägers, worin für die erstgerichtliche Entscheidung ein Präjudiz der dritten Instanz (Entscheidung vom 20. September 1859, Nr. 10548; siehe Nr. 863 der gegenwärtigen Sammlung) angerufen wurde, bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil des O. L. G. mit Bezugnahme auf dessen Motivirung und mit Hinzufügung der nachstehenden Erwägungen: Um seine Schadenersatzforderung zu begründen, mußte der Kläger auf den Widerspruch des Beklagten vor Allem beweisen, daß sein Auctor auf die im Einlagschein vermerkten Zahlen in der That gespielt hat. Mit dem Einlagschein selbst konnte er diesen Beweis nicht erbringen, weil nach den §§. 4 und 17 des Lottopatentes

der Eintrag in die Originalliste ausschließlich feststellt, welches Spiel gemacht worden sei, alle auf das Spiel bezüglichen Fragen „nur nach Inhalt der Originallisten allein“ zu entscheiden sind und der Einlagschein, als eine bloße Abschrift, nicht beweist, daß die darin notirten Zahlen gesetzt wurden. Da nun auch der mit dem Zeugniß des Auctors des A versuchte Beweis dieses Umstandes ihm mißlungen ist, so entfällt die Annahme einer vom Kläger erlittenen Beschädigung und damit der rechtliche Grund seines Ersatzanspruches. Was endlich die in der Revisionsbeschwerde citirte oberstgerichtliche Entscheidung anbetrifft, so beruhte dieselbe auf einem andern Thatbestand und wurde für ein anderes Kronland (Venezien) mit Zugrundelegung des in demselben geltenden Gesetzes (Patent vom 22. Juni 1817 und Instruction vom 27. September 1817) getroffen, welches von den hier angerufenen Vorschriften abweicht.

Nr. 2821.

Bücherliche Belastung eines Grundstückes mit dem Verbot der Verschuldung und dem Gebot der Abtretung.

Entsch. v. 9. Juli 1867, Nr. 5712 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Czaslau v. 5. April 1867, Nr. 2718 und des O. L. G. Prag v. 28. Mai 1867, Nr. 14635). G. H. 1867, S. 366.

Das Eigenthum an der Liegenschaft X ist für die B im Grundbuch mit der Beschränkung eingetragen, daß sie dieselbe ohne Zustimmung ihres Vaters nicht verschulden darf und einem ihrer Kinder erster oder zweiter Ehe abtreten muß. Das Gesuch eines Gläubigers der B um Einverleibung des executiven Pfandrechtes an der besagten Liegenschaft wurde von beiden Untergerichten abgewiesen und der dagegen ergriffene Revisionsrecurs vom obersten Gerichtshof verworfen, weil ein Schuldner zwar nicht durch eine von ihm selbst ausgehende Erklärung, die eigene Realität nicht zu verschulden, seinen Gläubigern das Recht entziehen kann sich aus derselben zahlhaft zu machen; dagegen wenn die Realität schon mit dem Verbot der Verschuldung erworben wird, diese Beschränkung, an welche zugleich Rechte dritter Personen geknüpft sind, gleich jeder anderen grundbücherlichen Belastung gewahrt werden muß; im vorliegenden Falle aber die B, außerdem daß ihr das Verbot der Verschuldung ohne Einwilligung ihres Vaters auferlegt ist, zugleich verpflichtet ist, die Realität einem ihrer Kinder aus erster oder zweiter Ehe zu hinterlassen, mithin ihre Kinder an der Sache ohne weitere Einschuldung bereits ein eventuelles Eigenthum erworben haben, das ihnen durch die Executionsführung des Recurrenten nicht entzogen werden darf.

Nr. 2822.

Bedingte Verurtheilung des Pfandnehmers zur Rückstellung der Pfandsache gegen Tilgung der Pfandschuld.

Entsch. v. 10. Juli 1867, Nr. 4436 (Best. des das Urtheil des B. G. Krakau v. 15. Juni 1866, Nr. 7806, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 11. Dec. 1866, Nr. 7065). G. H. 1868, S. 139.

Auf die Klage des A wider B pto. Zurückstellung von verpfändeten Mobilien, welche in erster Instanz unbedingt aus dem Grunde abgewiesen worden war, weil A die Schuld von 100 fl., für welche er die Sachen verpfändete, weder dem B zurückgezahlt, noch bei Gericht niedergelegt hatte, wurde B vom obersten Gerichtshofe zur Zurückgabe der Pfandsachen gegen Zahlung der Schuld von Seite des A verurtheilt, weil mit der Tilgung der Schuld, wofür das Pfand gegeben worden, auch das Pfandrecht erlischt und der Pfandinhaber nicht befugt ist, das Pfand vorzuenthalten (§§. 469 und 471 a. b. G. B.).

Nr. 2823.

Aufforderungsproceß: Berühmung?

Entsch. v. 10. Juli 1867, Nr. 4447 (Best. des Urth. des H. G. Wien v. 4. Dec. 1866, Nr. 149588, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 10. April 1867, Nr. 4000). G. Z. 1868, Nr. 4.

Der Cassenfabrikant B war mit A in offener Gesellschaft gestanden, und hatte nach Auflösung derselben mit ihm noch mehrere Geschäftsangelegenheiten zu ordnen. Zu diesem Ende richtete B an seinen gewesenen Compagnon ein Schreiben, worin er ihm bekannt gab, daß er noch eine Forderung auf Ersatz der Hälfte der Reparaturkosten zweier Cassen im Betrage von 56 fl. und 82 fl. 10 kr. zu stellen habe, weshalb er ihm dieselben gutbuchen wolle. Dieses Schreiben nahm A zum Anlasse, gegen B eine Aufforderungsklage zur Darthuung der darin enthaltenen Berühmung mit einem Forderungsanspruche einzubringen und das Begehren auf Ausführung dieses Rechtes bei sonstiger Auflegung des ewigen Stillschweigens zu stellen. Das Gericht erster Instanz wies den A ab. Das O. L. G. gab dagegen dem Klagbegehren statt, weil in dem Briefe nach seinem klaren Inhalte an den Adressaten eine Forderung gestellt werde, und wenn in demselben auch kein Begehren auf sogleiche Zahlung enthalten sei, so habe sich der Briefsteller doch durch die verlangte Gutbuchung und Berechnung eines bestimmten Forderungsrechtes gerühmt; es stehe daher dem Kläger nach §. 66 a. G. O. das Recht zu, den Geklagten zur Ausführung dieses Rechtes aufzufordern. Wenn es auch richtig ist, daß sich der Geklagte dieses Rechtes nur gegen den Kläger und nicht gegen

andere Personen gerühmt hat, wie der §. 66 a. G. O. zu fordern scheint, da es daselbst heißt: „Wenn Jemand sich gerühmt hat, daß ihm wider einen Dritten ein Recht gebühre rc.“, so bediene sich das Gesetz in vielen Fällen (§§. 22, 364, 1093 a. b. G. B.) dieses Ausdruckes, wo es eigentlich den Gegner darunter versteht, da nicht der unbetheiligte Dritte, sondern eben nur Derjenige, wider welchen der Anspruch behauptet wird, sich hiedurch beunruhigt fühlt, weshalb das Gesetz auch nur diesen schützen wollte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte dagegen das Erkenntniß der ersten Instanz aus folgenden Gründen: Das Rechtsmittel der Aufforderungsklage ist nach der ausdrücklich beigefügten Bezeichnung: provocatio ex lege diffamari aus dem gemeinen Processe in die österreichische Civilproceßordnung aufgenommen worden und hat den Schutz wider eine benachtheiligende Rechtsberühmung zum Gegenstande, d. h. gegen Acte, wodurch Jemand sich zum Ruhme und zur Beschwerde eines Dritten den Bestand eines Klagerechtes auf eine Weise behauptet, daß diese Behauptung selbst oder die Art derselben dem Dritten zum Nachtheile gereicht, seinen Rechtskreis beengt oder gefährdet. Eine solche Berühmung kann aber in dem von B an A gerichteten Briefe, welcher die Mittheilung enthält, daß zwei aus der gemeinschaftlichen Geschäftsperiode gelieferte Cassen zur unentgeltlichen Reparatur übernommen werden mußten, und worin die Kosten der Reparatur mit dem Ersuchen bekanntgegeben werden, die Hälfte derselben dem B gutzuschreiben, nach dem gemeinen Verstande der Worte in ihrem Zusammenhange und nach der Natur der Verhältnisse nicht gefunden werden. Auch muß jede Ausnahme von der Regel, daß es Jedermann freistehe, seine allfälligen Ansprüche an andere Personen früher oder später oder auch gar nicht im gerichtlichen Wege geltend zu machen, strenge bewiesen werden (Hofdecr. vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621, lit. c c). Eine solche Ausnahme ist aber hier nicht vorhanden.

Nr. 2824.

Oeffentliche Urkunde?

Entsch. v. 10. Juli 1867, Nr. 5095 (Best. des das Urtheil des B. G. Krzeszowice v. 8. Juni 1866, Nr. 1592, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 20. Nov. 1866, Nr. 13486). G. H. 1868, S. 13.

Die volljährig gewordenen Kinder und Erben des im Jahre 1841 verstorbenen M belangten ihren Stiefvater B auf Herausgabe der väterlichen Grundwirthschaft, welche nach dem Tode des M dem Beklagten von der Herrschaft zur Verwaltung für die damals noch minderjährigen Kläger übergeben worden sei. Zum Beweis für dieses

von B abgeleugnete Verhältniß producirten die Kläger das von N als Repräsentant der Herrschaft ausgestellte Zeugniß des Inhaltes: daß in dem herrschaftlichen, von dem Generalökonomen verfaßten Inventar der Unterthansleistungen im Jahre 1842 bei der streitigen Grundwirthschaft die Anmerkung stehe, daß B die Witwe des M geheiratet hat und die Wirthschaft für dessen Kinder verwaltet. Gegen die Ansicht der ersten Instanz, welche diesem Zeugnisse Beweiskraft beilegte, haben die Obergerichte die Kläger abgewiesen, weil — nach den oberstgerichtlichen Motiven — jenes Zeugniß lediglich als ein Privatzeugniß betrachtet werden muß, da, wenn auch dessen Aussteller N wirklich als Dominicalrepräsentant angesehen wird, die von ihm bezeugte Anmerkung blos in einem zu Gunsten der Herrschaft verfaßten Verzeichniß der bäuerlichen Giebigkeiten, mithin in einer Urkunde aufgenommen wurde, welche ohne Intervention der Verpflichteten, namentlich des Beklagten B, errichtet worden war, daher über die Besitzverhältnisse des Letzteren nicht entscheiden kann.

Nr. 2825.

Unzulässigkeit der Würdigung der gegen eine bereits einverleibte Notariatsurkunde geltend gemachten Nichtigkeitsgründe durch die Tabularbehörde.

Entsch. v. 16. Juli 1867, Nr. 5956 (Best. der Decr. des O. L. G. Prag v. 2. März 1867, Nr. 4924 und des O. L. G. Prag v. 24. April 1867, Nr. 10445). Zeitschr. f. d. österr. Notariat 1869, Nr. 1.

Die C hat am 21. März 1860 mit ihren beiden Söhnen A und B einen Vertrag abgeschlossen, laut welchem sie das Eigenthum der Herrschaft X ihrem Sohne A abtrat und das Pfandrecht für eine jährliche Rente per 2400 fl. für sich darauf landtäflich sicherstellte. Ueber diesen Abtretungsvertrag wurde am nämlichen Tage eine Notariatsurkunde aufgenommen und auf Grund derselben das stipulirte Eigenthums- und Pfandrecht auf dem Gute X intabulirt. Darauf begehrte A beim L. G. Prag als Tabularinstanz unter Namhaftmachung mehrerer geringfügigen Formgebrechen der Notariatsurkunde, die Unwirksamerklärung derselben, ferner die Löschung des für ihn intabulirten Eigenthums an der Herrschaft, sowie des für die Leibrente der C per 2400 fl. einverleibten Pfandrechtes, endlich unter Beibringung eines anderen blos zwischen ihm und der C am 19. März 1860 abgeschlossenen Vertrages, die Einverleibung des Eigenthumsrechtes an der Herrschaft für sich und des Pfandrechtes der C für eine Leibrente von nur 600 fl. jährlich. Das L. G. hat in Erwägung, daß die Unwirksamkeit einer Notariatsurkunde nur a) mittelst einer

Klage auf Ungiltigkeit oder b) als Folge einer Disciplinarverhandlung des eingetretenen Notars (§§. 172 und 175 der Notariatsordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 94) oder endlich c) durch den Abschluß eines neuen Vertrages herbeigeführt werden kann (§. 920 a. b. G. B.); daß zum Ausspruche der Unwirksamkeit des zu löschenden Vertrages nach a und b das L. G. als Tabularbehörde nicht competent ist und der nunmehr zur Einverleibung vorgelegte Vertrag vom 19. März 1860 nach §. 920 a. b. G. B. als ein den intabulirten Vertrag aufhebender Act nicht angesehen werden kann, weil er vor der Errichtung desselben und ohne den B abgeschlossen wurde, das Gesuch des A zurückgewiesen.

Das O. L. G. bestätigte diese Entscheidung und der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Revisionsrecurs des A aus folgenden Gründen: Wenn auch das Gesuch des Recurrenten in erster Linie auf Unwirksamerklärung des Notariatsactes vom 21. März 1860, mit welchem der zwischen C, als Besitzerin der Herrschaft X und ihrem Sohne A mit Zuziehung des zweiten Sohnes B über diese Herrschaft bereits geschlossen gewesene, in Originalausfertigung beigebrachte und diesem Notariatsacte beigeschlossene Privatabtretungsvertrag des nämlichen Datums zu einer öffentlichen Urkunde erhoben wurde, wegen des bei diesem Notariatsacte eingetretenen Gebrechens des §. 50, lit. d N. O. gerichtet erscheint, so ist dieses Gesuch dennoch nach seiner Wesenheit und eigentlichen Tendenz ein Tabulargesuch, weil in demselben weiters um die landtäfliche Löschung der auf Grund der gedachten Urkunde intabulirten Eigenthums- und Pfandrechte, und dann, unter Beibringung einer anderen zwischen C und A ohne Zuziehung des B über dieselbe Herrschaft X errichteten Abtretungsurkunde von wesentlich verschiedenem Inhalt und von dem früheren Datum, 19. März 1860, um Intabulation der in dieser zweiten Urkunde stipulirten Eigenthums- und Pfandrechte gebeten wurde. Es mußte sohin dieses Gesuch vom L. G. als Tabularbehörde jedenfalls in Verhandlung genommen und in Bezug auf die erste Bitte wegen Unwirksamerklärung des erwähnten Notariatsactes, welche Amtshandlung nicht in den Bereich der Tabularbehörde gehört, abgewiesen werden. Insoweit übrigens in dieser Bitte die Anzeige von einem die Ungiltigkeit des Notariatsactes begründeten Gebrechen desselben enthalten ist, wurde von dem O. L. G., unverweilt nach erlangter Kenntniß dem L. G., jedoch selbstverständlich in seiner Eigenschaft als Gerichtshof erster Instanz, die Amtshandlung nach §. 40 und 167 N. O. aufgetragen, deren Resultat seinerzeit den Interessenten bekannt gegeben werden wird. Sollte nach diesem Resultate auch wirklich der Notariatsact vom 21. März 1860 für unwirksam erklärt werden, so würde hiedurch der rechtsförmlich und mit allen gesetzlichen Erfordernissen abgeschlossene und längst rechtskräftig intabulirte Abtretungsvertrag vom 21. März 1860 keineswegs seine Rechtsgiltigkeit, sondern nach §. 4

und 50 N. O. nur seine Eigenschaft als öffentliche Urkunde verlieren, und darum kann auch darin, daß der begehrten Löschung der auf Grund dieses Abtretungsvertrages bewilligten Eigenthums- und Pfandrechts-Einverleibung, dann der auf Grund des älteren, von dem Vertrag vom 21. März 1860 wesentlich abweichenden und die durch letzteren bereits erworbenen Rechte verletzenden Abtretungsvertrages vom 19. März 1860 begehrten Intabulation des Eigenthumes und Pfandrechtes nicht stattgegeben wurde, eine Nichtigkeit oder Ungerechtigkeit nicht erblickt werden.

Nr. 2826.

Mandatsproceß: Unerstreckbarkeit der Frist zur Einwendung gegen den Zahlungsbefehl.

Entsch. v. 17. Juli 1867, Nr. 6115 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Freiberg v. 19. März 1867, Nr. 830 und des O. L. G. Brünn v. 30. April 1867, Nr. 4567). G. H. 1867, S. 406.

Der oberste Gerichtshof hat das in offener Frist angebrachte Gesuch des B um Erweiterung des Termines zum Anbringen der Einwendungen gegen den auf die Klage des A ihm ertheilten Zahlungsbefehl a limine abgewiesen. Gründe: Der Zahlungsbefehl wird mit der Androhung der Execution erlassen, welcher nach §. 5 der kaiserl. Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, und §. 3 der J. M. V. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, nur mittelst der binnen 14 Tagen anzubringenden Einwendungen begegnet werden kann. Nach Ablauf dieser Frist erwächst der Zahlungsauftrag in Rechtskraft; die Erweiterung der Frist ist gesetzlich unstatthaft und das darauf gerichtete Gesuch von Amtswegen zurückzuweisen.

Nr. 2827.

Verbindung der Abweisung des Fristgesuches mit der Anordnung der Tagfahrt zur Acteninrotulirung.

Entsch. v. 23. Juli 1867, Nr. 6071 (Best. des Decr. des K. G. Olmütz v. 26. April 1867, Nr. 2925, Abänd. des Decr. des O. L. G. Brünn v. 21. Mai 1867, Nr. 5284). G. H. 1867, S. 377.

Nr. 2828.

Entschädigung des Curator ad actum durch Denjenigen, auf dessen Verlangen er bestellt wurde.

Entsch. v. 23. Juli 1867, Nr. 6333 (Best. des Decr. des H. G. Wien v. 9. April 1867, Nr. 169461, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 21. Mai 1867, Nr. 8852). G. Z. 1867, Nr. 72.

Advocat A wurde auf Ansuchen der B in seiner Eigenschaft als Substitut des verstorbenen Vertreters eines vorlängst aufgehobenen Concurses zum Curator ad actum mit der Weisung bestellt, über eine von der B der Concursmasse gezahlte und nicht ordnungsgemäß quittirte Summe die ordentliche Löschungserklärung auszustellen. Dr. A fertigte die Löschungserklärung aus, legte sie dem Gerichte, welches den Auftrag ertheilt hatte und ehemals die Concursbehörde war, zur Genehmigung vor und bat, der B die Berichtigung seiner verzeichneten Expensen aufzutragen. Die erste Instanz genehmigte die vorgelegte Löschungserklärung und trug die Expensen der B zur Berichtigung auf. Diese recurrirte gegen den ertheilten Auftrag. Die zweite Instanz hob den angefochtenen Theil des Bescheides auf, „weil die Ausstellung einer intabulationsfähigen Quittung nach §§. 1369 und 1426 a. b. G. B. zu den Obliegenheiten des befriedigten Gläubigers gehört und der Curator die Vergütung für seine Mühewaltung nur von der Partei, für welche er als Vertreter bestellt wurde, in Anspruch nehmen kann". Hiegegen recurrirte Dr. A und bemerkte, daß all' das, was etwa vom befriedigten Gläubiger gelten kann, von ihm im gegebenen Falle nicht gilt, da er keines von Beiden sei. Da er ferner als Curator ad actum bestellt wurde, gehe es auch nicht an, ihn mit seinen Expensen an die Partei zu weisen, zu deren Vertretung er bestellt worden sei, da dies eben nicht geschehen sei. Zweifellos habe er jedoch im Interesse der B gearbeitet, die durch ihre Sorglosigkeit bei der seinerzeit erfolgten Zahlung der fraglichen Summe die jetzt nothwendige Ausstellung einer Löschungserklärung veranlaßte, deren Kosten an Stempeln rc. nunmehr wohl sie, nicht aber er, Dr. A, zu tragen habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstrichterliche Entscheidung „in Erwägung, daß im vorliegenden Falle die nachträgliche Löschungserklärung durch die anstandslose Annahme der früheren unvollständigen Quittung von Seite der Zahlerin B veranlaßt wurde, sie daher die Folgen zu tragen hat, und daß übrigens die Bestellung des Dr. A als Curator ad actum blos im Interesse der Löschungswerberin erfolgte, dieser sohin jedenfalls obliegt, die Kosten vorzuschießen, vorbehaltlich des eventuellen Regresses an der Gegenpartei".

Nr. 2829.

Unentgeltliche Zurückgabe des Pfandes im Sinne des §. 485 St. G.

Entsch. v. 30. Juli 1867, Nr. 6051 (Best. des das Urth. des B. G. Linz v. 26. Dec. 1866, Nr. 12597, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 16. April 1867, Nr. 3456). G. H. 1867, S. 346.

A wurde von dem Strafrichter wegen der im §. 485 St. G. bezeichneten Uebertretung zur unentgeltlichen Zurückgabe der angenommenen Pfänder verurtheilt, und wurde von dem Strafrichter seinem Schuldner B der Versatzschein zurückgestellt, welchen dieser dem A für das Darlehen verpfändet hatte. Nun belangte A den B auf Zurückzahlung des Darlehens per 12 fl., wogegen der Beklagte einwendete, daß er in Folge der Verurtheilung des Klägers zur unentgeltlichen Zurückstellung der Pfänder, zur Zahlung der eingeklagten Forderung nicht mehr verpflichtet sei. Das Gericht erster Instanz erkannte aus folgenden Gründen auf Abweisung des A: Bei der Redaction des §. 485 St. G., welcher dem früheren, vor dem a. b. G. B. verfaßten Strafgesetze vom Jahre 1803 fremd war, muß der Gesetzgeber die Bestimmungen des a. b. G. B. vor Augen gehabt haben. Sollte daher dem nach §. 485 St. G. Strafbaren der Fortbestand seiner Forderung nach Restitution der Pfandsache an den Schuldner gesichert bleiben, so durfte er im Sinne des §. 467 a. b. G. B. nur zur Zurückstellung mit Vorbehalt oder zur Zurückstellung schlechtweg verpflichtet werden. Der im §. 485 St. G. gebrauchte Ausdruck „unentgeltliche“ Zurückgabe ist daher im Gegensatze zur entgeltlichen Zurückstellung nach §. 469 a. b. G. B. (Zahlung der Schuld gegen Rückstellung des Pfandes) mit Hinblick auf den §. 864 ebendort so auszulegen, daß der Pfandnehmer zur Restitution verpflichtet sein soll, ohne irgend eine Leistung von dem Verpfänder fordern zu können. Sonst müßte dem §. 485 St. G. die gezwungene Deutung gegeben werden, daß der Gläubiger das Pfand vorläufig ohne Entgelt zurückzustellen habe — eine Auslegung, für die jeder Anhaltspunkt fehlt, zumal der §. 485 auf die Wiederholung der Uebertretung als Strafe auch den Erlag des auf das Pfand geliehenen Betrages setzt, welche Strafe aber nach §§. 240 und 241 St. G., als eine Geldstrafe, nicht dem Verpfänder, sondern dem Armenfond zufällt. Das O. L. G. verurtheilte den B nach dem Klagbegehren und motivirte seine entgegengesetzte Auslegung des §. 485 St. G. in folgender Weise: Die Anordnung, daß der Pfandnehmer auch sein Forderungsrecht aus dem Darlehensvertrage verliert, ist im §. 485 St. G. nicht enthalten und darf daraus umsoweniger abgeleitet werden, als eine solche Ableitung geradezu gegen den §. 1447 a. b. G. B. verstoßen würde. Die erstgerichtliche Interpretation des §. 485 würde auch zu einem Widerspruch mit der Bestimmung des

§. 241 St. G. führen, wonach Geldstrafen jedesmal dem Armenfond verfallen, während bei dieser Auslegung der Verlust der Forderung für den Gläubiger zu Gunsten des Schuldners einträte. Die Unhaltbarkeit dieser Auslegung ergibt sich auch daraus, daß der §. 485 nur eine Uebertretung zum Gegenstand hat, worauf die Gesetzgebung gewiß nicht eine strengere Strafe verhängen wollte, als auf das Vergehen des Wuchers, das im Patent vom 2. Dec. 1803, J. G. S. Nr. 640, nicht mit der Strafe des ganzen Verlustes des Anspruches auf das gegebene Darleihen bedroht ist. Nach dem Gesagten und mit Rücksichtnahme auf die accessorische Natur des Pfandvertrages, der neben dem Darlehensvertrag besteht und nach §. 1343 a. b. G. B. dem Gläubiger ein neues Recht: auf Befriedigung aus der Pfandsache, einräumt, kann unter der „unentgeltlichen" Zurückstellung des Pfandes nach §. 485 St. G. eben nur die Aufhebung des Pfandvertrages, niemals aber auch jene des Darlehensgeschäftes oder gar der Verlust des Darlehens verstanden werden.

In Erwägung, daß im Gesetze, §. 485 St. G., der Verlust der mit dem Pfande versicherten Forderung ausdrücklich nicht ausgesprochen und erst auf den zweiten Uebertretungsfall die Strafe des Erlages des geliehenen Betrages verhängt ist, und mit Bezugnahme auf die Motivirung des O. L. G. bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil der zweiten Instanz.

Nr. 2830.

Relicitation, erwirkt wider den Curator ad actum des verstorbenen durch Erben vertretenen Erstehers und aufrechterhalten gegenüber der Concursmasse desselben. Verzicht des Gläubigers auf das Recht, die Relicitation zu begehren.

Entsch. v. 31. Juli 1867, Nr. 6151 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 31. Dec. 1866, Nr. 76105, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 10. April 1867, Nr. 4143). G. Z. 1868, Nr. 3.

A hatte am 29. Mai 1855 die Theaterrealitäten in . . . im Wege der executiven Versteigerung als Meistbieter erstanden und hätte den Licitationsbedingnissen zufolge das Meistbot in zwei Raten erlegen sollen. Dieser Verpflichtung kam jedoch A nicht nach, sondern ließ sich von den einzelnen Satzgläubigern sogenannte Liegenlassungserklärungen ausstellen, ohne jedoch in der Folge die Zinsen dieser von ihm zur Zahlung übernommenen Satzposten bezahlt zu haben. Im Jahre 1865 starb A, der bis dahin die erstandenen Realitäten inne hatte und benutzte, und es schritt sohin die Satzgläubigerin B gegen den für die Verlassenschaft des A bestellten Curator um die

Relicitation der von A erstandenen Realitäten, die demselben noch nicht eingeantwortet waren, ein. Auf Ausbleiben des Verlassenschafts-curators von der zur Ausweisung der Erfüllung der Feilbietungs-bedingnisse angeordneten Tagsatzung wurde die gedachte Relicitation von dem Gerichte erster Instanz bewilligt. Bald darauf wurde über den Nachlaß des A der Concurs eröffnet und die Relicitationsbewilligung wurde mit Abweisung der von dem A'schen Concursmassevertreter dagegen eingebrachten Recurse in beiden höheren Instanzen bestätigt. Der A'sche Concursmassevertreter brachte außerdem gegen die B eine Oppositionsklage ein, worin das Begehren um Erkenntniß gestellt wurde: „Es finde die fragliche Relicitation nicht statt", denn 1. sei für die A'sche Verlassenschaft mit Umgehung der gesetzlichen Erben ein Curator ad actum bestellt worden, es lägen angenommene Erbs-erklärungen vor und es sei sonach die Curatelsbestellung null und nichtig; 2. habe A bereits im Jahre 1862 einen Kaufschillingsaus-weis erstattet, worüber die Verhandlung noch nicht beendet sei, die Relicitation könne aber erst dann bewilligt werden, bis entschieden sei, daß die Licitationsbedingnisse nicht erfüllt seien; 3. stehe der physische Besitz und Genuß der zu relicitirenden Realitäten der Con-cursmasse zu, die Relicitation wäre daher eine separate, unzulässige Execution gegen die Concursmasse; endlich 4. seien die Bedingnisse der geklagten Gläubigerin gegenüber jedenfalls als erfüllt anzusehen, denn der Rechtsvorgänger der B, nämlich C, habe mit der Erklärung vom 10. November 1855 dem Ersteher nicht nur eine Zahlungsfrist von einem Jahre eingeräumt, sondern habe sich auch einverstanden erklärt, daß die erstandenen Realitäten dem A gerichtlich eingeant-wortet und grundbücherlich zugeschrieben werden. Das Recht der B, die Wiederversteigerung zu begehren, sei also durch diese Erklärung erloschen. — Das Gericht erster Instanz erkannte: Die früher be-willigte Relicitation finde nicht statt. Gründe: Da das im §. 388 a. G. O. normirte Recht des Gläubigers, die Relicitation zu begehren, sich nicht auf ein Urtheil oder Vergleich, sondern auf den Act des Erstehers gründet, so muß nach Analogie des Hfd. v. 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, dem Ersteher das Recht eingeräumt werden, jederzeit die Aufhebung der bewilligten Relicitation zu begehren, wenn er darzuthun vermag, daß das fragliche Recht des Gläubigers durch ein der geschlossenen Feilbietung nachfolgendes Factum erloschen ist. Kläger stützt nun sein Begehren auf die von C ausgestellte Erklärung, worin dieser dem Ersteher das Capital per 6000 fl. auf ein Jahr als Darlehen beläßt und einwilligt, daß die erstandenen Realitäten dem A eingeantwortet und grundbücherlich zugeschrieben werden. In dieser unbedingten Einwilligung des Gläubigers und in der Annahme des A als Personalschuldner liegt eine Anerkennung des Gläubigers, daß er sich mit dem Ersteher über die dem Letzteren nach §. 339 a. G. O. obliegenden Verbindlichkeiten geeinigt habe, somit eine Ver-

zichtleistung auf das Recht, dem Ersteher wegen Nichterfüllung der Licitationsbedingnisse die Uebergabe der Realität zu verweigern, daher auch ein Verzicht auf das Recht, die Relicitation zu begehren. Da obige Erklärung grundbücherlich einverleibt wurde, so kann die B als Rechtsnachfolgerin des C auch von diesem Rechte keinen Gebrauch mehr machen. — Das O. L. G. erkannte: Dem Klagbegehren werde nicht stattgegeben und finde demnach die Relicitation statt. Gründe: Die Relicitation stellt sich als ein Act der Execution gegen den säumigen Ersteher dar und will der Letztere die verhängte Execution von sich abwenden, so steht ihm, vermag er nicht den Gläubiger nach §. 338 a. G. O. zu befriedigen, nur jenes Rechtsmittel zu, welches das Hfd. v. 22. Juni 1836, Nr. 145, bezeichnet. Das Recht des Satzgläubigers, die Relicitation zu begehren, gründet sich nicht auf den Act der Erstehung, wenn selbe auch natürlich eine nothwendige Voraussetzung für den Eintritt dieses Rechtes bildet, welches vielmehr in der Nichterfüllung der Feilbietungsbedingnisse seinen Grund hat und durch den erwirkten Executionsbescheid, nämlich die Relicitationsbewilligung seinen gesetzlichen Ausdruck findet. Dieser Bescheid liegt hier vor und an denselben müssen jene Forderungen geknüpft werden, welche das citirte Hofdecret zieht. Die dem Klagbegehren zu Grunde liegenden Thatsachen sind aber diesem Bescheide nicht nachgefolgt, sondern lange vorhergegangen, es bedarf daher nicht deren Gewicht zu erörtern, weil dieselben nichts entscheiden können. Alle jene Gründe aber, welche in der Verhandlung gegen die Zulässigkeit der Relicitation auch abgesehen von der Urkunde des C sich geltend machen, haben bereits damals ihre Widerlegung gefunden, als die Wiederversteigerung von den Gerichten bewilligt wurde... Da nun die Klage zur Begründung des Begehrens sich auf Thatsachen bezieht, welche in eine Zeit fallen, wo das Relicitationsrecht der Geklagten noch gar nicht bestand, mußte dieselbe abgewiesen werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung, weil 1. die Relicitation noch vor der Concurseröffnung bewilligt wurde, die Realitäten von A noch nicht eigenthümlich erworben worden, mithin, wenngleich A nach den Feilbietungsbedingnissen sofort nach geschlossener Feilbietung das Recht zum physischen Besitze und Genusse erlangen sollte, noch nicht ein in seine Concursmasse gehöriges Vermögen geworden sind und deshalb deren Relicitation keineswegs als eine Separatexecution gegen die Concursmasse angesehen werden kann; weil 2. der Vorgang, zufolge dessen für die Verlassenschaft des A ein Curator bestellt wurde, bereits im Recurswege, durch frühere oberstgerichtliche Entscheidung aufrecht erhalten und durch dieselbe die auch gegenüber der A'schen Concursmasse eingetretene Rechtskraft des landesgerichtlichen Relicitationsbescheides ausgesprochen worden ist; weil 3. der von A überreichte Kaufschillingsausweis bei dem Umstande, daß eine seither und insbesondere zur Zeit des angebrachten Relicitations=

gesuches bereits erfolgte genehmigende Erledigung desselben nicht nachgewiesen werden konnte, vielmehr mehrere Gläubiger dagegen Anstände erhoben, nicht als Nachweis der Erfüllung der Feilbietungsbedingnisse und insbesondere der Einhaltung der bedungenen Zahlungsfristen gelten und überhaupt die Einreichung eines bloßen Meistgebotsvertheilungsentwurfes, ohne jene Nachweise, den Ersteher von der im §. 338 a. G. O. bezeichneten Folge der Zahlungsversäumniß nicht befreien kann; weil 4. die Erklärung des C vom 10. November 1855 eigentlich nur das Zugeständniß einer Zahlungsfrist bis 10. November 1856 enthält, daraus aber und aus seiner Zustimmung zur Intabulation des A ein Verzicht auf das Recht (§. 338 a. G. O.), bei versäumter Zahlung die Relicitation zu begehren, umsoweniger gefolgert werden kann, als C für diesen Fall die sofortige Einforderung des Capitals ohne Aufkündigung sich vorbehalten hat; weil diese grundbücherlich eingetragene Erklärung auch die B, als Nachfolgerin des C, in dem Recht, die Relicitation zu fordern, nicht beschränken konnte; weil an der besagten Erklärung auch durch den von C mit A am 7. Februar 1857 geschlossenen Vertrag nichts geändert, sondern nur die Zahlungsfrist nochmals, allein mit den gleichen Vorbehalten gegen das Versäumniß derselben erweitert wurde; und weil endlich auch nach der für den Theilbetrag per 3000 fl. von dem ganzen Capital am 11. April 1859 ausgestellten Cession und resp. der von A beigesetzten Agnoscirungserklärung für den Fall der nicht pünktlichen Zinsenzahlung die allsogleiche Fälligkeit dieses Capitaltheilbetrages bedungen worden ist, — wonach denn, bei dem mangelnden Beweis einer die Berechtigung der B zum Relicitationsbegehren ausschließenden Thatsache einerseits und der Erfüllung der dem A obgelegenen Zahlungsverbindlichkeiten andererseits, die Bewilligung der Relicitation als unstatthaft nicht erkannt werden kann.

Nr. 2831.

Gerichtliche Bestimmung der dem Sequester gebührenden Entlohnung in nichtstreitigem Verfahren.

Entsch. v. 6. August 1867, Nr. 6170 (Best. des Decr. des L. G. Rzeszow v. 11. Mai 1866, Nr. 151, theilweise Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau v. 20. Nov. 1866, Nr. 11674). G. Z. 1867, Nr. 95.

Einige Erben hatten gegen Miterben die Sequestration eines bedeutenden in den Nachlaß gehörigen Gutes auf ihre Gefahr und Kosten erwirkt. Nach deren Beendigung bat der Sequester um Bestimmung der Verlohnung seiner Mühewaltung und der Auslagen — die er aber nicht specificirte — mit Hinweisung auf den günstigen

Erfolg bei dem Bruttoerträgnisse von ungefähr 14.000 fl., wovon dem Nachlasse die Hälfte als Reinertrag blieb, und auf die Dauer der Sequestration von 500 Tagen. Die Sequestrationswerber bestritten seine Leistungen und verlangten, daß er im ordentlichen Rechtswege wie ein Bevollmächtigter — dem er zufolge §. 1004 a. b. G. B. gleich zu achten sei — seine Forderungen ausweise und geltend mache. Die erste und zweite Instanz gingen jedoch mit der Bestimmung der Verlohnung vor, welche die erste zu 10% des Reinertrages mit 700 fl., die zweite à 2 fl. für jeden Tag der Dauer der Sequestration mit 1000 fl. bemaß, und zwar in der Erwägung, daß dem Sequester für die Geschäftsführung eine Verlohnung, wenn er sich derselben nicht ausdrücklich begeben hat, gebühre, die vom Gerichte, welches die Sequestration übertragen hat, mit Ausschluß des weitläufigen und langwierigen processualischen Verfahrens zu bestimmen sei, indem sonst wohl schwerlich Jemand sich zur Uebernahme der Sequestration entschließen könnte, wodurch die Justizpflege in ihrem ordnungsmäßigen Gange zum Nachtheile der rechtsuchenden Parteien aufgehalten werden müßte. Beide Parteien ergriffen den Revisionsrecurs, der sowohl auf Seite des Sequesters, welcher einen größeren, als den in der zweiten Instanz schon erhöhten Betrag in Anspruch nahm, als auch auf Seite der Erben, sofern sie neuerdings die Verweisung des Sequesters auf den Rechtsweg begehrten, ein außerordentlicher war.

Der oberste Gerichtshof verwarf beide außerordentlichen Recurse, sowie den ordentlichen Recurs der Erben, die sich auch gegen die vom Obergerichte vorgenommene Erhöhung der Ziffer beschwert hatten, und bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz mit Vorbehalt des Rechtsweges für den Sequester, falls er mehr als die 700 fl. ausprechen zu könne glaube. „Denn es kann in der Bestimmung der Verlohnung mit 700 fl. eine offenbare Ungerechtigkeit in keiner Beziehung gefunden werden, nämlich weder dem Sequester gegenüber, da gar keine näheren Umstände über seine Leistungen als Sequester vorliegen, welche Anhaltspunkte für eine höhere Summe bieten würden, noch soviel es die Sequestrationswerber betrifft, weil schon nach der Natur der Sache bei der Sequestration eines Gutes, die über 16 Monate dauerte, die ferner ein Bruttoerträgniß von 14.000 fl. und einen Reinertrag von 7000 fl. ergab, eine Vergütung von 700 fl. nicht als überspannt, viel weniger als offenbar ungerecht betrachtet werden kann."

Nr. 2832.

Fristerweiterung mit Rücksicht auf den Zeitpunkt der Recognoscirungstagfahrt.

Entsch. v. 6. August 1867, Nr. 6605 (Best. des die Decr. des L. G. Wien v. 3. Mai 1867, Nr. 24222 und 24229, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 12. Juni 1867, Nr. 10374). G. H. 1867, S. 399.

Am 30. April überreichte der Kläger A das Gesuch um Anordnung der Acteninrotulirungs-Tagfahrt, wegen der mit 29. April verstrichenen Einredefrist. Ebenfalls am 30. April wurde vom Beklagten B ein Gesuch um Fristerweiterung zur Einrede angebracht. Uebrigens hatte B am 13. April die Recognoscirung der Originalien der Klagebeilagen begehrt und war hiezu auf den 2. Mai die Tagfahrt anberaumt worden, nach deren Abhaltung das Gericht erster Instanz zur Erledigung der obigen zwei Gesuche schritt, indem es das Gesuch des A pto. Acteninrotulirung bewilligte und das Fristgesuch des B ab- und auf den Inrotulirungsbescheid wies. Vom O. L. G. hingegen wurde das Gesuch des A zurückgewiesen und auf jenes des B eine weitere Einredefrist von acht Tagen bewilligt, weil B die Recognoscirung der Klagebeilagen ordnungsgemäß angesucht hat, darüber die Tagsatzung festgesetzt und auch abgehalten wurde, vorher aber die Erstattung der Einrede wohl nicht erfolgen konnte.

Auf den Recurs des A, welcher die Präclusion der Einredefrist durch die Ueberreichung seines Gesuches um die Acteninrotulirung urgirte, hat der oberste Gerichtshof den Bescheid des O. L. G. aus dessen Gründen und zur Vermeidung eines Restitutionsprocesses zu bestätigen befunden.

Nr. 2833.

Unzulässigkeit des in der Syndicatsbeschwerde gestellten Begehrens auf Ungiltigerklärung einer richterlichen Verfügung.

Entsch. v. 6. August 1867, Nr. 6657 (Aufh. des Erkenntnisses des O. L. G. Krakau v. 30. Mai 1866, Nr. 3192). G. Z. 1869, Nr. 87.

Das Bezirksgericht in Krzeszowice erlaubte, die dem minderjährigen A angefallene Nachlaßwirthschaft X — nur auf einseitiges Begehren der Mutter und Vormünderin, ohne daß das Gesuch vom Mitvormunde mitgefertigt oder von ihm das Gutachten abverlangt worden wäre (§. 213 a. b. G. B.) — aus freier Hand zu verkaufen, und genehmigte selbst den diesfalls abgeschlossenen Kaufvertrag, ohne ihn nach Vorschrift des §. 83 J. N. dem zuständigen Gerichtshofe zur Genehmigung vorzulegen. Nach erreichter Groß-

jährigkeit überreichte A eine Syndicatsbeschwerde wider das Bezirksgericht und begehrte, daß die Genehmigungsclausel des Bezirksgerichtes, sowie die ertheilte Bewilligung zum Verkaufe seiner Realität behoben und eine neuerliche Verhandlung vorgenommen werde. Das O. L. G. erkannte, daß das Bezirksgericht und rücksichtlich der Bezirksrichter B für diesen gesetzwidrigen Vorgang dann, wenn ein hieraus entstandener Schaden erwiesen sein wird, verantwortlich sei, und verordnete, den dem A zugefügten Schaden ziffermäßig nachzuweisen.

Der oberste Gerichtshof hat die obergerichtliche Entscheidung aufgehoben, den A mit seiner Syndicatsbeschwerde abgewiesen und ihm freigestellt, die Ungiltigkeitserklärung des zwischen der Vormünderin und dem Käufer über die Nachlaßrealität in X geschlossenen und vom Bezirksgerichte genehmigten Kaufvertrages im ordentlichen Rechtswege zu begehren. Gründe: Die Syndicatsbeschwerde ist zwar als solche bezeichnet, es geht jedoch ihr Begehren nicht dahin, daß das Bezirksgericht aus Anlaß des gesetzwidrigen Vorganges bei der Approbation dieses Kaufvertrages für verantwortlich erklärt werde, sondern sie strebt blos an, daß die Genehmigungsclausel des Bezirksgerichtes, sowie die ertheilte Bewilligung zum Verkaufe der Realität behoben werde. Da nun die kaiserl. Verordnung vom 12. März 1859, R. G. Bl. Nr. 46, voraussetzt, daß der Ersatz des Schadens, der einer Partei aus einer pflichtwidrigen Amtshandlung zugeht, gegen das im Verschulden befindliche Gericht begehrt werde, die Aufhebung eines Vertrages aber und sohin auch des in Rede stehenden Kaufvertrages, nur im ordentlichen Rechtswege Platz greifen kann, so mußte die Syndicatsbeschwerde mit dem Beifügen zurückgewiesen werden, daß es dem Beschwerdeführer freisteht, im ordentlichen Rechtswege die Aufhebung des Kaufvertrages zu begehren.

Nr. 2834.

Vorlage der Handelsbücher in einem wegen eines gemeinrechtlichen Anspruches und nicht vor dem Handelsgerichte geführten Processe.

Entsch. v. 6. August 1867, Nr. 6670 (Best. des Decr. des B. G. Pottenstein v. 28. Februar 1867, Nr. 678, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 9. April 1867, Nr. 6013). G. H. 1867, S. 450.

A bestritt mit der Paulianischen Klage die von seinem Schuldner C der Beklagten B gemachte Schenkung, mit Bezugnahme auf seine Handelsbücher, aus denen sich die Forderungen gegen C ergeben. Nun verlangte die B, gestützt auf den Art. 37 des Handelsgesetzbuches, die Vorlage der Handelsbücher, welche vom Gericht erster Instanz dem Kläger verordnet wurde, wogegen das O. L. G. das

Begehren der B wegen Unanwendbarkeit der citirten Specialbestimmung des Handelsgesetzes in dem nicht beim Handelsgerichte stattfindenden über einen gemeinrechtlichen Klaganspruch geführten Verfahren abwies.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Verordnung, weil die Klage des A doch zunächst sich darauf gründet, daß er gegen den Geschenkgeber Forderungen habe, zu deren Beweis er sich eben auf die Handelsbücher berief.

Nr. 2835.

Bestreitung der ehelichen Geburt eines posthumen, mehrere Jahre alten Kindes durch die Mutter: Unzulässigkeit der Abweisung der Klage a limine.

Entsch. v. 6. August 1867, Nr. 6814 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Hernals v. 22. Mai 1867, Nr. 10604 und des O. L. G. Wien v. 18. Juni 1867, Nr. 10841). G. Z. 1867, Nr. 95.

Die A brachte im Mai 1867 eine Klage gegen den Vormund ihres im Jahre 1854 geborenen Kindes B ein, worin sie geltend machte, B sei zwar acht Monate nach dem Tode ihres ersten Gatten geboren, es sei jedoch ihr jetziger Gatte der Vater ihres Kindes. Die beiden unteren Instanzen wiesen diese Klage sofort zurück, weil die im §. 159 a. b. G. B. erwähnte Frist abgelaufen sei und weil der Mutter kein Recht zustehe, die eheliche Geburt ihres Kindes zu bestreiten.

Der oberste Gerichtshof änderte diese Entscheidung ab und verordnete die Annahme und gesetzmäßige Erledigung der Klage, „weil nach Hofd. v. 6. Oct. 1783, J. G. S. Nr. 197, b, dann Resolution v. 31. Oct. 1785, J. G. S. Nr. 489, t, der Richter sich nicht von Amtswegen in das Innere einer Klage einzulassen, daher auch nicht von Amtswegen schon über die Klage auszusprechen hat, ob die Frist zu derselben etwa verstrichen und ob der Kläger zur Anbringung derselben berechtigt sei".

Nr. 2836.

Rechtskraft des Executionsbescheides ungeachtet mangelhafter Zustellung des die Grundlage der Execution bildenden Spruches.

Entsch. v. 7. August 1867, Nr. 6735 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 7. Juni 1867, Nr. 41474, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 18. Juni 1867, Nr. 10843). G. H. 1867, S. 326.

A begehrte gegen B die Annullirung der von dem Letzteren wider ihn erwirkten Executionsacte, die bis zur Bewilligung der

Schuldhaft vorgeschritten waren, indem er nachwies, daß die wechselgerichtlichen Zahlungsauflagen, welche zum Executionsverfahren geführt hatten, ihm niemals zugestellt wurden und somit nicht rechtskräftig geworden waren.

Der oberste Gerichtshof wies den A mit seinem Gesuch ab, weil er den von B auf Grund der Zahlungsauflagen erwirkten und ausgewiesenermaßen dem A zu eigenen Händen zugestellten Bescheid, womit dem B die executive Mobilienpfändung und Schätzung bewilligt wurde, in Rechtskraft treten ließ und dadurch, sowie durch das, laut der von ihm mitunterzeichneten Pfändungsrelation, mit dem B getroffenen Uebereinkommen, daß die im Executionsverfahren eines anderen Gläubigers, C, wider ihn aufgenommene Schätzung derselben Mobilien auch für die Execution des A zu gelten habe, die Rechtsbeständigkeit der erwähnten Zahlungsauflagen und der Executionsführung auf Grund derselben bereits anerkannt hat.

Nr. 2837.

Behandlung des zur Sicherstellung einer Rente einverleibten Capitales bei der Meistgebotsvertheilung: Unzulässigkeit selbständiger Pfändung dieses Bedeckungscapitales.

Entsch. v. 13. August 1867, Nr. 6604 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 31. Dec. 1866, Nr. 33285, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 5. Juni 1867, Nr. 8397). G. Z. 1867, Nr. 98.

Für die Z war auf dem Hause der X eine lebenslängliche Rente durch Einverleibung eines Capitales von 3000 fl. sichergestellt. A, ein Gläubiger der Hauseigenthümerin, erwirkte „die executive Pfändung und Einantwortung dieses Bedeckungscapitals“, worauf jedoch bei der executiven Feilbietung des Hauses, sowie bei der Meistgebotsvertheilung keine Rücksicht genommen ward. Vielmehr ward das Capital von 3000 fl. Niemand zugewiesen. Nunmehr richtete A gegen die der Z unmittelbar folgende Pfandgläubigerin B ein Gesuch „um Erkenntniß, daß nach dem seinerzeitigen Ableben der Rentenbezieherin Z die 3000 fl. ihm zuzuweisen seien“. Die erste Instanz entschied zu seinen Gunsten. Gründe: „Das fragliche Capital bildet zwar einen Theil des Kaufschillings und wäre nicht der X auszuzahlen, sondern zur Befriedigung der Satzgläubiger nach ihrer Rangordnung zu verwenden, wenn Niemand von denselben ein Vorrecht auf Befriedigung aus dieser Post erworben hätte. Dieses ist aber der Fall bei A, welcher in Folge des am 1. September 1864 erworbenen executiven Pfandrechtes an dieser Post aus derselben und zwar vor allen übrigen dieser Satzpost nachstehenden Gläubigern be-

friedigt werden muß, zumal er nachträglich beim Handelsgerichte auch die executive Einantwortung der Satzpost erwirkte. Diese Satzpost bildet zudem nach §§. 469, 526 und 1446 a. b. G. B. so lange ein selbständiges Rechtsobject, als sie nicht gelöscht worden ist, daher auf dieselbe von Jedermann selbständig Rechte erworben werden können, die bei Auszahlung der betreffenden Satzpost berücksichtigt werden müssen (§. 455 a. b. G. B.)." Die zweite und dritte Instanz wiesen den A ab. Die Gründe der dritten Instanz waren: „daß das fragliche Capital keineswegs als eine zu Gunsten der X haftende Satzpost anzusehen ist, indem es laut Grundbuchsextract nicht zu deren Gunsten constituirt, sondern vielmehr das Pfandrecht für ein Capital von 3000 fl. zur Sicherstellung der der Z gebührenden jährlichen Rente für die Z einverleibt worden ist; daß hiernach dieses Bedeckungscapital nur als ein behufs der Sicherstellung des Rentenbezugsrechtes der Z der freien Verfügung der Realitätseigenthümerin entzogener Theil des Realitätenwerthes angesehen werden kann, welcher einen Theil des Kaufschillings für das versteigerte Haus bildet, und also, nach Erlöschen des Rentenbezugsrechtes der Z, nicht der ehemaligen Eigenthümerin des Hauses auszuzahlen, sondern zur Befriedigung der aus dem Meistgebotserlöse zu berichtigenden Forderungen der Pfandgläubiger der Realität zu verwenden ist".

Nr. 2838.

Hemmung der Execution auf Verlangen des Strafgerichtes.

Entsch. v. 13. August 1867, Nr. 6993 (Best. des Decr. des K. G. Leitmeritz v. 23. April 1867, Nr. 2189 und des O. L. G. Prag v. 4. Juni 1867, Nr. 14399). G. Z. 1867, Nr. 96.

Auf Ansuchen des A, gegen welchen eine executive Feilbietung bewilligt war, bewilligte das Strafgericht, das mit der Untersuchung über einen in dem gegen A geführten Processe vom Vertretungsleister des Gegners B abgelegten, angeblich falschen Eid befaßt war, die Einstellung der Execution. Das O. L. G. verwarf den dagegen ergriffenen Recurs des B aus folgenden Gründen: Wenngleich das Hofdecret vom 6. März 1821, J. G. S. Nr. 1743, den Civilrichter zur Sistirung des Verfahrens bis zur Entscheidung der Sache, nicht aber auch zur Sistirung der Execution ermächtigt, so gilt dieses nicht in gleichem Maße von dem Untersuchungs- oder Strafgerichte, zumal dieses nach den §§. 352, 361 und 431 St. P. O. auch über die privatrechtlichen Folgen einer strafbaren Handlung zu erkennen hat. Wird im vorliegenden Falle erkannt, daß ein falscher Parteieid geschworen worden ist, so muß der Strafrichter auch den Eid in civilrechtlicher Beziehung für nicht abgelegt erklären und damit auch die

auf Grund dieser Voraussetzung eingeleitete Execution annulliren, wobei es keinen Unterschied macht, daß ein Vertretungsleister den Eid abgelegt hat; und es läßt somit das obcitirte Hofdecret in Bezug auf Einstellung der bis zum dritten Grade gelangten Execution bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das Strafverfahren für den Strafrichter eine analoge Anwendung und Entscheidung allerdings zu.

Der oberste Gerichtshof hielt gleichfalls das Strafgericht berechtigt, da es über den von dem Beschuldigten zu leistenden Schadenersatz zu erkennen hat, diejenigen Vorkehrungen zu treffen, welche geeignet sind, den Schaden, welcher aus der strafbaren Handlung entstehen würde, zu verhindern, zumal für die Einstellung der Execution in einem solchen Falle der nämliche Grund spricht, aus welchem nach dem Hofdecrete vom 6. März 1821, Nr. 1743, wegen vorhandener Verdachtsgründe einer nach dem Strafgesetze strafbaren Handlung mit dem civilgerichtlichen Verfahren innegehalten werden soll, und weil die Strafbehörde in ihrem Requisitionsschreiben an das Civilgericht wegen Sistirung der Feilbietung ausgesprochen hat, daß C des Verbrechens des Betruges durch Ablegung eines falschen Eides dringend verdächtig sei, der Meineid des freiwilligen Vertretungsleisters aber dem falschen Parteieide und nicht blos einer falschen Zeugenaussage gleichgestellt werden muß.

Nr. 2839.

Novation durch Geben und Nehmen eines Wechsels.

Entsch. v. 14. August 1867, Nr. 7076 (Best. des Urth. des H. G. Prag v. 22. Nov. 1866, Nr. 4838, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 17. April 1867, Nr. 6202). G. H. 1867, S. 422.

Der vom Beklagten angebrachten Einrede, daß die klägerische Forderung des Kaufpreises für Waaren in Folge der Uebergabe eines Wechselacceptes des Beklagten an den Kläger erloschen sei, wurde vom obersten Gerichtshofe stattgegeben und demnach das Klagbegehren abgewiesen, weil mit dem Geben und Nehmen des Wechsels eine Novation der Forderung durch Umänderung des Rechtsgrundes herbeigeführt worden ist, welcher bei der Wechselforderung im Wechsel selbst liegt.

Nr. 2840.

Gerichtsstand des Vertrages: Begründung desselben durch Annahme der erst nach der Waarensendung überschickten, den Zahlungsort angebenden Factura.

Entsch. v. 22. August 1867, Nr. 7106 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 8. März 1867, Nr. 8352, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 13. Juni 1867, Nr. 8241). G. Z. 1868, Nr. 6.

In einer bei dem Handelsgerichte zu Wien als forum contractus anhängig gemachten Rechtssache wurde der erhobenen exceptio fori von dem Gerichte erster Instanz stattgegeben, weil der Geklagte die die Zahlung in Wien bedingende Factura erst nach Empfang der Waaren, um deren Bezahlung es sich handelte, erhalten hatte. Das O. L. G. erkannte auf den vom Kläger aufgetragenen Haupteid über den Empfang der Factura und der Waaren.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Erkenntniß mit Beschränkung des Haupteides auf den Empfang der Factura. Gründe: Wenn der Geklagte den Brief mit der die Zahlung in Wien bedingenden Factura vom 30. März 1866 wirklich erhalten hat, so müßte die unbeanständete Annahme dieser Factura als ein stillschweigendes Einverständniß mit der Bedingung des Zahlungsortes Wien, auch wenn diese Bedingniß nicht schon bei der Waarenbestellung, sondern erst nachträglich bei der Zusendung der bestellten Waare gemacht wurde, und selbst dann gelten, wenn wirklich die Factura dem Geklagten erst später als die facturirte Waare zugekommen wäre; denn in dem einen wie in dem anderen Falle wäre der Geklagte berechtigt und in der Lage gewesen, falls er sich dieser Bedingung nicht fügen wollte, dem Kläger die Waare zu retourniren oder zur Disposition zu stellen, und hätte er etwa, noch bevor er die von dem Kläger eben mit der Factura bekanntgegebenen Verkaufsbedingungen kannte, bereits mit der Waare verfügt, so müßte umsomehr angenommen werden, daß er sich den in der erst zu gewärtigenden Factura enthaltenen Verkaufsbedingungen im Vorhinein unterworfen haben. Demzufolge erscheint der vom Obergerichte zugelassene Haupteid, ungeachtet er den Umstand nicht enthält, ob der Geklagte die besagte Factura vor oder bei Empfang der Waare erhalten habe, noch immer entscheidend. Soweit aber der vom Obergerichte zugelassene Haupteid auch auf den von dem Geklagten widersprochenen Empfang der Waare gerichtet ist, konnte der Beweis dieses Umstandes für die Entscheidung der Competenzfrage nicht als nothwendig, und mußte vielmehr die Ausdehnung des Eides auch auf diesen Umstand als der Entscheidung der Hauptsache vorgreifend erkannt werden. Demgemäß wurde das obergerichtliche Urtheil, soweit es die Statthaftigkeit der exceptio fori davon abhängig macht, daß der Geklagte den Nichtempfang der Factura zu beschwören vermag, bestätigt, die Eidesformel aber dem Gesagten gemäß abgeändert.

Nr. 2841.

Execution zur Sicherstellung im Mandatsproceß: Pfändung und Sequestration des dem Executionsführer bereits verpfändeten Gutes.

Entsch. v. 22. August 1867, Nr. 7314 (Best. des Decr. des B. G. Groß-enzersdorf v. 9. Mai 1867, Nr. 1816, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 2. Juli 1867, Nr. 11588. G. H. 1867, S. 439.

Im Zuge des Verfahrens über den Recurs des B gegen den von A ertheilten Auftrag zur Zahlung eines mit Hypothek versicherten Capitals begehrte A zur Sicherstellung die Einverleibung des executiven Pfandrechtes auf der verpfändeten Liegenschaft und die executive Sequestration derselben.

Der oberste Gerichtshof bewilligte das Gesuch. Gründe: Der gegen einen Zahlungsbefehl ergriffene Recurs hat nach §. 3 der Verordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, in Betreff der Ertheilung der Execution zur Sicherstellung keine aufschiebende Wirkung. Nach §. 4 ebendort können zur Sicherstellung die Executionsarten: Pfändung, Schätzung und Sequestration gleichzeitig stattfinden und das in letzterem Paragraph für den Fall, als die eingeklagte Forderung bereits mit einem Pfand versichert wäre, statuirte Erforderniß, daß die Unzulänglichkeit dieses Pfandes glaubwürdig dargethan werden muß, kann nur von dem Fall verstanden werden, wo der Gläubiger ein weiteres Pfand erlangen will, weil kein Grund abzusehen ist, warum der ein Pfand schon besitzende Gläubiger ein beschränkteres Executionsrecht haben und von dem Anspruch auf Schätzung der Pfandsache, die im §. 7 der kais. Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, ausdrücklich für zulässig erklärt ist, und, bei nachgewiesenem Bedürfniß einer ergiebigeren Sicherstellung, auf die Sequestration derselben ausgeschlossen sein soll.

Nr. 2842.

Verhältniß der Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung zu der wegen versäumter Frist. Rechtskraft der die Wiedereinsetzung versagenden Entscheidung.

Entsch. v. 23. August 1867, Nr. 5767 (Best. des Urth. des B. G. Zdaunek v. 20. Nov. 1866, Nr. 4272, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn vom 17. April 1867, Nr. 4177). G. Z. 1867, Nr. 99.

A hatte in einem Rechtsstreite wider B, in welchem ihn ein Notar vertrat, einen Eid abzulegen. Der Notar versäumte die Frist und das Begehren um Restitution dagegen ward abgewiesen. Nun-

mehr verlangte A Restitution wegen schlechter Vertretung. Die erste Instanz verweigerte dieselbe, weil nur schlechte Vertretung durch einen Advocaten einen Restitutionsgrund bilde; die zweite war hierin der entgegengesetzten Ansicht und gewährte die Wiedereinsetzung mit Anwendung der Vorschriften des Hofdecr. vom 6. October 1785, Nr. 477, Patents vom 1. Juli 1790, Nr. 31 und Hofdecr. vom 19. December 1801, Nr. 545 der J. G. S. auf den Fall notarieller Parteienvertretung.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Erkenntniß. Gründe: Obige drei Hofdecrete sprechen nicht für die Bewilligung der gebetenen Restitution, weil es sich hier lediglich um die Versäumung einer Fallfrist handelt. Für diesen Fall aber ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Weisung des §. 372 lit. a a. G. O. anzusuchen, und es kann diese Versäumung nicht auch als ein Grund angeführt werden, die Restitution wegen mangelhafter Vertretung anzusuchen, da für erstere eine besondere gesetzliche Vorschrift besteht, und die mangelhafte Vertretung im Falle der letzteren Restitution nur auf das Meritum des Rechtsstreites sich bezieht, wohin die unterlassene Anbietung eines Beweises, unterlassene Vorbringung von Einwendungen u. dgl. gehört. Es müßte sonst auch jede Restitution zur Erstattung einer Satzschrift, jede Rechtfertigung des Ausbleibens von einer Tagsatzung, sobald die betreffende Partei von einem Rechtsfreunde vertreten war, Anlaß zur Restitution wegen mangelhafter rechtsfreundlicher Vertretung geben, was aber den Vorschriften der a. G. O. zuwiderlaufen würde. Mit dem Ansuchen um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen unverschuldeter Versäumung der Eidesantretungsfrist wurde aber zugestandenermaßen der Kläger bereits rechtskräftig abgewiesen, und er kann jetzt dieses Restitutionsbegehren unter der gerichtsordnungswidrigen Form der Restitution wegen mangelhafter rechtsfreundlicher Vertretung nicht nochmals anbringen.

Nr. 2843.

Vorgang bei Benützung eines neuen Zeugen statt eines Verstorbenen.

Entsch. v. 28. August 1867, Nr. 7459 (Abänd. der Decr. des B. G. Zwittau v. 21. Mai 1867, Nr. 2418 und des O. L. G. Brünn v. 9. Juli 1867, Nr. 7005). G. H. 1868, S. 39.

Auf das in erster Instanz ohne Weiteres bewilligte Gesuch des A um Zulassung eines anderen Zeugen an Stelle des im Beiurtheil benannten, inzwischen verstorbenen Zeugen, hat das O. L. G., in Erwägung, daß zufolge Patents vom 13. September 1787, J. G. S.

Nr. 719 und der Hofdecrete vom 5. Juni 1795, Nr. 234, 18. September 1844, Nr. 830 und 13. Februar 1845, Nr. 868 der J. G. S. in dem vorliegenden Falle nach den Grundsätzen der Restitution in den vorigen Stand zur Beibringung neuer Beweismittel zu verfahren ist, den A ab- und auf die citirten Vorschriften gewiesen.

Auf den Recurs des A verordnete der oberste Gerichtshof der ersten Instanz die Entscheidung über dessen Gesuch nach vorgängiger Anhörung beider Parteien. Gründe: Das Hofdecr. v. 18. September 1844, Nr. 839, erläutert den §. 221 der westgal. Gerichtsordnung, welcher aber nur vorschreibt, daß auf Gesuche, wie das vorliegende des A, Tagsatzung anzuordnen und nach Vernehmung der Parteien darüber zu entscheiden (also das Gesuch weder a limine abzuweisen, noch sofort zu bewilligen) ist, ohne auf eine Wiedereinsetzung ob noviter reperta, die schon ein Endurtheil voraussetzt, hinzuweisen.

Nr. 2844.

Beweislast hinsichtlich der Echtheit von Urkunden.

Entsch. v. 28. August 1867, Nr. 7506 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Braunau v. 1. Mai 1866, Nr. 1066 und des O. L. G. Wien vom 10. Oct. 1866, Nr. 15408). G. Z. 1868, Nr. 7.

Zur Begründung der Klage auf Richtigkeit einer angeblich von dem Kläger dem Geklagten ausgestellten Schenkungsurkunde, auf Grundlage welcher der letztere bereits eine früher dem Kläger gehörig gewesene Satzpost grundbücherlich erworben hatte, behauptete der Kläger, daß die Urkunde unecht, unterschoben, von ihm weder ausgestellt, noch unterschrieben worden sei. Dies wurde vom Geklagten einfach widersprochen und da vom Kläger Beweise für seine Behauptung nicht beigebracht wurden, so stritt man sich lediglich darüber, ob Kläger die Unechtheit oder Geklagter die Echtheit der bestrittenen Urkunde zu beweisen habe. Das Gericht erster Instanz war der ersteren Ansicht und wies den Kläger ab. Das O. L. G. bestätigte dieses Urtheil aus nachfolgenden Gründen: Durch die bestrittene Schenkungsurkunde, auf deren Grund das Eigenthumsrecht bezüglich eines Betrages von 300 fl. für den Geklagten einverleibt worden ist, wurde Letzterer zweifellos und auch unbestritten im Sinne des Gesetzes Eigenthümer dieses Betrages. Derselbe ist in seinem Eigenthume zu schützen, und wenn der Kläger heute behauptet, daß die Schenkungsurkunde unecht und daher ungiltig sei, muß er darüber den Beweis führen; der Geklagte hat gegenwärtig nicht mehr die Verpflichtung, die Echtheit der Urkunde zu erweisen, weil er auf Grund derselben bereits das Eigenthumsrecht erworben hat, und weil eben deshalb die Urkunde auch gar nicht mehr als Beweismittel in diesem Processe

vorkommt, weshalb der §. 133 der a. G. O. hier durchaus nicht anwendbar ist. Wollte der Kläger die Ungiltigkeit der Schenkung constatiren, so müßte er solche Thatsachen anführen und selbe sofort auch erweisen, welche nach dem 17. Hauptstücke des II. Theils des a. b. G. B. den Vertrag ungiltig machen; es stand dem Kläger auch bevor, die Unechtheit seiner Unterschrift darzuthun; denn diejenigen, welche auf Grund der Urkunde bereits das Eigenthumsrecht erworben haben, haben diesfalls keine Beweiseslast.

Der oberste Gerichtshof theilte die Ansicht der unteren Gerichte. Die Gründe seines Erkenntnisses lauteten: Dem außerordentlichen Revisionsbegehren des Klägers wurde aus den bereits von dem O. L. G. entwickelten Gründen keine Folge gegeben, zumal nach §. 104 der a. G. O. derjenige, welcher eine Thatsache anführt, schuldig ist, solche zu erweisen. Da nun der Kläger sein Klagrecht auf die Behauptung gründet, daß die fragliche Schenkungsurkunde unecht und unterschoben sei, so ist auch jedenfalls dem Kläger obgelegen, den Beweis seiner Behauptung herzustellen. Nachdem er denselben nicht erbracht hat und seine Berufung auf den §. 133 der a. G. O. offenbar unrichtig ist, weil diese Gesetzesstelle den Fall vor Augen hat, daß Jemand eine Urkunde beibringt, aus welcher er ein Recht für sich ableitet, dieser Fall aber hier nicht eintritt, weil nicht der Geklagte, sondern der Kläger die Schenkungsurkunde beigebracht hat, der Geklagte daher auch nicht den Beweis ihrer Echtheit zu liefern verpflichtet ist, so ist die Abweisung des Klägers ganz gesetzmäßig erfolgt.

Nr. 2845.

Unzulässigkeit der Prüfung der Rechtskraft des wegen einer Vermögensübertragungsgebühr ergangenen Auftrages durch die Grundbuchsbehörde.

Entsch. v. 28. August 1867, Nr. 7508 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Hernals v. 3. Mai 1867, Nr. 8980 und des O. L. G. Wien vom 9. Juli 1867, Nr. 12282). G. H. 1867, S. 371.

Das Steueramt Hernals begehrte auf Grund eines an B erlassenen Auftrags zur Zahlung einer Eigenthumsübertragungsgebühr von 451 fl., welcher mit der vom besagten Steueramt beigesetzten Bestätigung der Rechtskraft versehen war, die Intabulation des executiven Pfandrechts bei dem Haus des B. Das Gesuch wurde von beiden Untergerichten bewilligt, vom O. L. G. mit Berufung auf die vorerwähnte amtliche Bestätigung der Rechtskraft der Zahlungsauflage. Dagegen recurrirte B, weil er gegen den Zahlungsauftrag den Recurs ergriffen hatte und darüber noch nicht die Erledigung erfolgt ist,

mithin der Zahlungsauftrag die Rechtskraft nicht bestritten habe und daher nach der Justizministerialverordnung vom 13. December 1852, R. G. Bl. Nr. 256, die begehrte Intabulation nicht bewilligt werden durfte.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil mit Rücksichtnahme auf das Motiv des O. L. G. und bei dem Umstande, daß die vom Gesetz vorgeschriebenen Erfordernisse der Intabulation vorhanden waren, und daß die Grundbuchsbehörde auf die Prüfung der Richtigkeit der steueramtlichen Bestätigung der Rechtskraft des Zahlungsauftrags sich nicht einlassen kann, sondern der Recurrent sich diesfalls an die Finanzbehörde zu wenden hatte, in den angefochtenen Entscheidungen der Untergerichte eine offenbare Ungerechtigkeit nicht zu erblicken ist.

Nr. 2846.

Vermuthete Vollmacht des zum Verkauf Bestellten zum Empfang der Zahlung.

Entsch. v. 3. Sept. 1867, Nr. 7698 (Best. des Urth. des H. G. Prag vom 18. April 1867, Nr. 1338, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 8. Juli 1867, Nr. 11806). G. Z. 1868, Nr. 10.

A begehrte von B die Zahlung einer Restschuld per 50 fl. Der Beklagte wendete die einem Ladendiener des Klägers geleistete Zahlung ein. Der Kläger widersprach diese Zahlung und das Mandat des Ladendieners zum Geldempfange, wogegen Beklagter erinnerte, daß die Gestattung des Verkaufes von Waaren nach §. 1030 a. b. G. B. der Vermuthung Raum gebe, daß das dazu bestellte Individuum auch zur Empfangnahme der Zahlung bevollmächtigt war. Das Gericht erster Instanz erkannte auf den dem Kläger über die Zahlung aufgetragenen Haupteid. Das O. L. G. verurtheilte den Beklagten unbedingt nach dem Klagbegehren, weil eine gesetzliche Vermuthung für die Bevollmächtigung des vom Beklagten nicht näher bezeichneten Ladendieners des Klägers zur Annahme der Zahlung nicht streitet und vielmehr nach §. 1008 a. b. G. B. eine besondere Vollmacht erfordert wird, welche aber hier nicht vorliegt, indem Beklagter gar nicht behauptet, daß das in Rede stehende Individuum mit der Verwaltung des Kaufladens des Klägers betraut, oder daß demselben vom Kläger der Waarenverkauf gestattet worden war (§§. 1027 und 1030 a. b. G. B.) und daher die Zahlung, wenn sie auch stattgefunden hätte, nicht als eine giltige und rechtswirksame angesehen werden kann (§. 1424 a. b. G. B.).

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz, weil der vom ersten Richter zugelassene Eid allerdings entscheidend

erscheint, indem zu vermuthen ist, daß ein Individuum, welches zum Verkaufe von Waaren bestellt ist, auch berechtigt sei, Geld in Empfang zu nehmen, und weil Kläger um so minder einen Grund hat, sich gegen die Eideszulassung zu beschweren, als dadurch die Entscheidung seinem eigenen Gewissen übertragen wird, nachdem er selbst vorher sie brieflich dem Gewissen des Beklagten überlassen hatte.

Nr. 2847.

Benennung neuer Zeugen statt der schon vor dem Interlocut verstorbenen; Stellung des Antrages nach Ablauf der Beweisantretungsfrist.

Entsch. v. 5. Sept. 1867, Nr. 7375 (Best. des das Decr. des B. G. Hallein v. 18. April 1867, Nr. 285, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 10. Juli 1867, Nr. 8501). G. H. 1868, S. 158.

Durch das dem Kläger am 24. November 1866 zugestellte Beiurtheil vom 20. October war derselbe zu einem Zeugenbeweis zugelassen worden, den er am 9. December antrat. Der mit der Zeugenvorladung beauftragte Gerichtsdiener machte die Anzeige des bereits im Jahre 1862 eingetretenen Todes von zwei der abzuhörenden Zeugen, an deren Stelle nun der hiervon am 17. December verständigte Kläger mit Gesuch vom 27. December andere Zeugen namhaft machte und deren Vernehmung begehrte. Der Beklagte protestirte dagegen, weil die Zeugen, an deren Stelle der Kläger die neuen Zeugen setzen will, nicht „in der Zwischenzeit" (§. 221 westgal. G. O.), sondern bereits vor dem Interlocut verstorben waren und weil, davon abgesehen, der Kläger die Zulassung der substituirten Zeugen erst nach Verstreichung der Beweisantretungsfrist begehrt hat (§. 221 westgal. G. O.).

Der oberste Gerichtshof hat diese Einwendungen abgewiesen und das Gesuch des Klägers bewilligt, und zwar in Erwägung, daß es nach dem Geiste des §. 221 westgal. G. O. wohl nur darauf ankommen kann, ob die durch das Beiurtheil zugelassenen Zeugen vor ihrer Abhörung verstorben sind, und daß die Beweisantretungsfrist, innerhalb der die Zulassung anderer Zeugen begehrt werden soll, selbstverständlich nur von dem Zeitpunkt, in welchem der Tod der durch das Interlocut zugelassenen Zeugen der Partei bekannt wurde, berechnet und als dieser Zeitpunkt hier nur der Tag der Zustellung des Bescheides vom 17. December angesehen werden kann.

Nr. 2848.

Voraussetzungen der provisorischen Sequestration des Streitobjectes.

Entsch. v. 5. Sept. 1867, Nr. 7839 (Best. des das Decr. des B. G. Neunkirchen v. 24. Mai 1867, Nr. 2236, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 10. Juli 1867, Nr. 11820). G. H. 1867, S. 150.

Das grundbücherlich dem verstorbenen M und seiner Ehefrau B zugeschriebene Ganzlehen Nr. 34 zu X soll laut Ehepacten und Testament des M nach dessen Tod gegen Zahlung von 3000 fl. und Leistung des Ausgedings an die Witwe, dem A zufallen. Von der Witwe wurde die erwähnte Verfügung angefochten, und vor der Entscheidung dieses Processes begehrte A die provisorische Sequestration des von der B bewirthschafteten Ganzlehens unter Anführung, daß sie durch Holzschlag den Werth der Liegenschaft schmälert. Die in erster Instanz mit Berufung auf §. 347 a. b. G. B., §. 127 des Patents vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, und §. 293 a. G. O., gegen Caution bewilligte Sequestration wurde vom O. L. G. abgeschlagen und der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung, in der Erwägung, daß der vom §. 127 (Abs. 1) des Patents vom 9. August 1854 vorausgesetzte Fall hier nicht vorliegt, weil es sich nicht um das Erbrecht zum Nachlasse des M, sondern um das auf die Ehepacte gestützte Recht des A zur Uebernahme des Sequestrationsobjects gegen Hinauszahlung von 3000 fl. und Leistung des Ausgedings an die Witwe handelt; daß der §. 292 a. G. O. außer Anwendung bleibt, weil dort vorausgesetzt ist, daß kein Theil sich im Besitz befindet, hier aber die Witwe im thatsächlichen Besitz und sogar Miteigenthümerin der Liegenschaft ist: daß endlich der Sequestrationswerber auch nicht, wie der §. 293 a. G. O. voraussetzt, als Kläger die zu sequestrirende Liegenschaft in Anspruch genommen, noch die Gefahr des Entgangs oder der Entwerthung nachgewiesen hat.

Nr. 2849.

Execution auf eine Staatsobligation, wegen welcher die Amortisirung eingeleitet ist.

Entsch. v. 12. Sept. 1867, Nr. 7774 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 15. Juli 1867, Nr. 66364 und des O. L. G. Wien v. 6. August 1867, Nr. 14018). G. Z. 1867, Nr. 98. G. H. 1868, S. 74.

A erfuhr, daß sein Schuldner B um die Amortisirung einer Nationalanlehens-Obligation angesucht habe, und erwirkte die gerichtliche Pfändung dieser Obligation durch Vormerkung bei der Staats-

schuldencasse, damit seinerzeit die neue Obligation nicht an den Schuldner ausgefolgt werde. Nun suchte er aber auch um die executive Feilbietung der Obligation und als diese nicht bewilligt ward, um die executive Schätzung der Ansprüche an, welche seinem Schuldner auf die in der Amortisirung begriffene Obligation zustehen. Die erste Instanz wies ihn hiermit neuerlich zurück, weil die Pfändung nicht auf diese eventuellen Ansprüche, sondern auf die zu amortisirende Obligation selbst und rücksichtlich auf die nach durchgeführter Amortisirung an deren Stelle tretende neue Obligation bewilligt wurde; überdies auch ein eventueller Anspruch, als derzeit noch nicht bestehend, kein Object der Execution sein könne. Auch stehe die hier angestrebte Executionsführung mit der für die Execution von Staatsschuldverschreibungen bestehenden gesetzlichen Vorschrift (Hofdecr. vom 24. Jänner 1844, J. G. S. Nr. 778) im Widerspruche. Das O. L. G. wies den gegen diesen Bescheid ergriffenen Recurs zurück, weil der Recurrent nicht zu behaupten vermag, daß zu Gunsten seines Schuldners dermalen ein Anspruch auf Ausfolgung einer neuen Obligation und neuer Coupons besteht, welcher erst dann eintritt, wenn die Bedingungen zur definitiven Amortisirung vorhanden sind. Diese hat aber Recurrent nicht nachgewiesen, und ist es auch ungewiß, ob dieselben je eintreten werden. Der Schuldner hat daher dermalen nur eine Hoffnung, neue Coupons und eine neue Obligation zu erlangen. Diese Hoffnung war aber nicht Gegenstand der Pfändung; auch fehlen alle Anhaltspunkte zu ihrer Schätzung und Feilbietung. Der Recurrent hat durch die Vormerkung seines Pfandrechtes bei der Staatsschuldencasse alle derzeit möglichen Executionsrechte erlangt und erst wenn die neue Obligation ausgefertigt sein wird, mag er zufolge des ihm daran zukommenden Pfandrechtes sich aus dem Verkaufe derselben zahlhaft machen; dermal aber liegt kein weiterer Gegenstand vor, der von demselben gepfändet, geschätzt und feilgeboten werden könnte.

Den gegen diese gleichlautenden Entscheidungen der beiden erstrichterlichen Instanzen ergriffenen außerordentlichen Revisionsrecurs wies der oberste Gerichtshof als ganz unbegründet zurück.

Nr. 2850.

Verurtheilung zum Ersatz der Kosten des vor der ersten Tagfahrt durch Rücktritt von der Klage beendeten Verfahrens.

Entsch. v. 12. Sept. 1867, Nr. 7929 (Aufh. der gleichförmigen Decr. des B. G. Bielitz v. 27. Mai 1867, Nr. 3816 und des O. L. G. Brünn v. 3. Juli 1867, Nr. 7076). G. H. 1868, S. 416.

Das Gesuch des B um Zuerkennung des Ersatzes der durch die Besitzstörungsklage des A ihm verursachten Kosten wurde von beiden

Untergerichten ab- und B auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen, weil A noch vor dem Verhandlungstag von der Klage zurückgetreten war.

Der oberste Gerichtshof hat mit Aufhebung der untergerichtlichen Decrete dem Gerichte erster Instanz aufgetragen, im Nachhang zu seinem Bescheid, womit es den Rücktritt des A von der Klage den Parteien kundgegeben hat, über den Kostenersatzanspruch des B zu entscheiden, weil dem Beklagten auch in dem Falle, wenn der Kläger noch vor der Tagfahrt zurücktrat, Kosten erwachsen sein können, deren Ersatz dem Letzteren nach §. 399 a. G. O. obliegt und deren Liquidirung nicht erst zum Gegenstand einer besonderen Klageführung zu machen ist.

Nr. 2851.

Kosten der Eidesablegung.

Entsch. v. 12. Sept. 1867, Nr. 7945 (Best. des Decr. des B. G. Schwechat v. 23. März 1867, Nr. 1451, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 16. Juli 1867, Nr. 12597). G. Z. 1868, Nr. 7.

Nr. 2852.

Rangordnung der Kosten der Relicitation.

Entsch. v. 12. Sept. 1867, Nr. 7990 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Klosterneuburg v. 17. Juni 1867, Nr. 1560 und des O. L. G. Wien v. 30. Juli 1867, Nr. 13665). G. Z. 1868, Nr. 13. G. H. 1868, S. 44.

A hatte die executive Feilbietung einer Liegenschaft erwirkt und dabei in die Bedingungen aufgenommen, daß, falls der Ersteher die Zahlungsfristen nicht einhalten würde, sein Vadium zu Gunsten der Hypothekargläubiger verfallen sein und die Relicitation auf dessen Kosten und Gefahr erfolgen solle. Weil der Ersteher wirklich außer dem Vadium nichts am Meistgebote berichtigte, erwirkte A die Relicitation und bat nach deren Vollzug um Bestimmung und Erfolglassung der Kosten der Relicitation, indem auf seine Forderung an Capital nichts entfalle. Es wurden die anderen Gläubiger vernommen, von denen zwei sich der Erfolglassung widersetzten, weil das Vadium in den Bedingungen ausdrücklich den Hypothekargläubigern war zugewiesen worden, die Relicitation auf Kosten des Erstehers zu geschehen hatte, daher diese Kosten nicht aus der Executionsmasse bestritten werden dürfen, sondern A sich diesfalls an den Ersteher halten müsse. Die erste Instanz wies das Gesuch ab wegen der obigen von ihm ausgegangenen Licitationsbedingnisse bezüglich des Vadiums und der

Relicitationskosten, und weil es Sache des A gewesen wäre, die Bedingungen derart festzusetzen, daß vor Allem die Relicitationskosten aus dem verfallenen Vadium zu berichtigen seien; weil endlich Bittsteller auf den §. 1037 a. b. G. B. sich nicht berufen kann, indem er mit der Relicitation kein fremdes Geschäft, auch nicht um den Nutzen eines Dritten zu befördern, und bei dem ungünstigen Ausfalle der Relicitation auch nicht zum klaren überwiegenden Vortheile geführt hat. — Das O. L. G. bestätigte diese Entscheidung, weil der Vertheilung der Executionsmasse, welche als Ein Act von der Realinstanz zu verfügen ist, die Liquidirung der einzelnen Forderungen voranzugehen hat, daher nicht auf Einschreiten eines einzelnen Gläubigers, dessen Forderung noch nicht liquidirt ist, mit einer Erfolglassung aus der Executionsmasse vorgegangen werden kann, übrigens dem A vorbehalten bleibt, seine vermeintlichen Ansprüche bei der Verhandlung über die Vertheilung des Meistgebotes zur Geltung zu bringen.

Der oberste Gerichtshof verordnete die Liquidirung und Erfolglassung obiger Kosten. Denn 1. ist die Relicitation nur eine Erneuerung der früheren Feilbietung und, sowie diese, das nothwendige Mittel, um die Pfandsache zur Befriedigung der Gläubiger geeignet zu machen. 2. Die diesfälligen Kosten sind daher solche, welche jeder Gläubiger nach dem Gesetze hätte machen müssen, um zur Zahlung seiner Forderung zu gelangen, weshalb in Gemäßheit des §. 1040 a. b. G. B. und des Hfd. vom 19. Nov. 1839, J. G. S. Nr. 388, diese Kosten vor allen anderen Forderungen aus dem Kaufpreise zu zahlen sind. 3. Das erledigte Vadium ist nur ein Theil des bei der Relicitation erzielten Meistgebotes, kann daher allerdings für die Kosten der Feilbietung in Anspruch genommen werden. 4. Der Umstand, daß in den Bedingungen der ersten Feilbietung die Bedingung, daß die Kosten einer etwaigen Relicitation vor Allem aus dem Vadium zu berichtigen seien, nicht erscheint, ist ganz unentscheidend, weil nach dem Obigen das Vadium nur ein Theil des Kaufschillings ist, aus dem A vor Allem sich wegen gedachter Kosten erholen kann. 5. Hat derselbe durch die Bestimmung, daß das Vadium zu Gunsten der Hypothekargläubiger verfalle und die Relicitation auf Kosten des früheren Erstehers erfolgen würde — welch' letzteres sich von selbst versteht (§. 338 a. G. O.) — keineswegs auf sein Recht, diese Kosten aus dem zu erzielenden neuen Erlöse zu erhalten, verzichtet, und obiger Verfall kann wohl nur dahin verstanden werden, daß nicht der säumige Ersteher, wenn bei der neuen Feilbietung ein gleicher oder noch höherer Preis als der von ihm zu zahlende erzielt würde, einen Anspruch auf das Vadium haben, sondern daß dieses zum neuen Meistgebote hinzugeschlagen werden solle. 6. Endlich sind alle Interessenten bereits vernommen worden und braucht Bittsteller nicht auf eine neuerliche Verhandlung mit selben gewiesen zu werden.

Nr. 2853.

Unzulässigkeit der Bestellung einer Hypothek an einer fideicommissarischen Substitution.

Entsch. v. 12. Sept. 1867, Nr. 8043 (Best. der Decr. des L. G. Wien v. 21. Mai 1867, Nr. 27366, und des O. L. G. Wien v. 23. Juli 1867, Nr. 12941). G. Z. 1867, Nr. 94.

M hat seinen Bruder als Erben eingesetzt und zwei Neffen demselben fideicommissarisch substituirt. Die Erbschaft wurde dem Fiduciar eingeantwortet und das Testament des M zur Sicherstellung des Restitutionsanspruches der Nacherben im Grundbuche bei den Liegenschaften des Nachlasses eingetragen. B, einer der fideicommissarischen Erben, welchem A Credit bis zu 30.000 fl. eröffnet hatte, bestellte nun demselben für diese Summe eine Hypothek an seinem einverleibten „eventuellen" Substitutionsrecht und A begehrte unter Vorlage der Pfandbestellungsurkunde die Eintragung im Grundbuche, welche von beiden Untergerichten aus dem Grunde verweigert wurde, „weil die blos eventuellen Ansprüche, welche dem B aus der haftenden Substitution möglicherweise zukommen können, derzeit kein Gegenstand einer grundbücherlichen Belastung sind". Dagegen ergriff A den Revisionsrecurs, in welchem er ausführte, 1. daß mit dem Erbschaftsantritt des Fiduciars die Bedingung, unter der B zur Erbschaft (nach-) berufen wurde, erfüllt, daß somit dermalen dessen Erbrecht ein zwar betagtes (bis zum Tode des Fiduciars hinausgeschobenes) und insofern künftiges, allein ein unbedingtes, festes und vererbliches Recht und, soweit es durch den Eintrag bereits sichergestellt ist, sogar ein gegenwärtiges Recht sei; 2. daß, selbst wenn das Substitutionsrecht des B ein noch bedingtes, ein eventuelles Recht in diesem Sinne wäre, dasselbe nichtsdestoweniger Gegenstand privatrechtlichen Verkehrs und darum einer giltigen Verpfändung fähig sei (§. 448 a. b. G. B.).

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil die Ansprüche des B aus der von M letztwillig angeordneten Substitution erst mit dem wirklichen Eintritt des Substitutionsfalles zur rechtlichen Existenz gelangen können, der Substitutionsfall aber noch nicht eingetreten ist, mithin die angefochtenen Entscheidungen der Untergerichte als vollkommen gesetzlich erkannt werden müssen.

Nr. 2854.

Zuständigkeit zur Vornahme der Vergleichsversuche vor der Ehescheidung.

Entsch. v. 12. Sept. 1867, Nr. 8045 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 18. Juni 1867, Nr. 32351, und des O. L. G. Wien vom 23. Juli 1867, Nr. 13245). G. Z. 1868, Nr. 8.

Eine in Jaroslau wohnhafte Israelitin brachte gegen ihren in Wien wohnhaften Gatten auf Grundlage eines Zeugnisses des Rabbiners von Jaroslau, in welchem bestätigt wurde, daß er sie fruchtlos ermahnt habe, von der beabsichtigten Scheidung von ihrem Gatten abzustehen, bei dem Wiener L. G. eine Klage mit der Bitte ein, zu erkennen, die Scheidung von Tisch und Bett zwischen den Eheleuten finde statt. Alle drei Instanzen haben das Gesuch a limine abgewiesen. Gründe des obersten Gerichtshofes: Die nach Weisung des §. 132 des a. b. G. B. hier in Anwendung kommenden allgemeinen Vorschriften für eine Scheidung von Tisch und Bett lauten in den §§. 104 bis 110 a. b. G. B. dahin, daß der Richter ein darauf bezügliches Gesuch nicht annehmen darf, wenn ihm nicht das Zeugniß des Seelsorgers über den dreimaligen Vergleichsversuch vorliegt, wonach erst (§. 107) das Gericht seine Amtsthätigkeit zu beginnen hat; das beigebrachte Zeugniß ist aber nicht von dem Seelsorger in Wien, der nach dem Wohnorte des Gatten auch für die Gattin der zuständige ist, ausgestellt, und enthält nicht die Bestätigung, daß die Versuche zu drei verschiedenen Malen gemacht wurden und fruchtlos blieben.

Nr. 2855.

Cession des Restitutionsanspruches des fideicommissarischen Substituten vor Eintritt des Substitutionsfalles: Umfang derselben.

Entsch. v. 18. Sept. 1867, Nr. 6338 (theilweise Abänd. der Urth. des L. G. Klagenfurt v. 6. Nov. 1866, Nr. 7415 und des O. L. G. Graz v. 2. Mai 1867, Nr. 4523). G. H. 1868, S. 11.

Die M setzte die N als Erbin ihres Vermögens mit der Verbindlichkeit ein, dasselbe nach ihrem Tode dem B und seinem Sohne zu hinterlassen. Die M starb im Jahre 1857; darauf cedirte B der A alle Rechte, die ihm aus dem Testamente der M zustanden. Sodann starb der Sohn des B und endlich die N. Nun trat die A mit einer Klage gegen B auf Zahlung von 6000 fl. als Ersatz für die ihr cedirten Erbrechte auf, weil er die ganze durch den Tod seines Sohnes ihm allein angefallene, rücksichtlich zugewachsene Verlassenschaft in Besitz

genommen und darüber anderweitig verfügt, selbe aber den Werth von 6000 fl. gehabt habe. B bestritt die Giltigkeit der Cession, da der §. 879, Punkt 4 des a. b. G. B. jeden Vertrag als ungiltig erklärt, wodurch eine Erbschaft, die man von einer dritten Person hofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird; jedoch wendete er nicht ein, daß er nur seine und nicht auch seines Sohnes Erbrechte abgetreten habe. Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagbegehren, welches vom O. L. G. abgewiesen wurde.

Der oberste Gerichtshof verurtheilte den Geklagten zur Zahlung von 3000 fl., d. i. die Hälfte der Klagsumme. Gründe: Ein Recht auf die Verlassenschaft der M ist dem Geklagten allerdings schon durch den Tod derselben erwachsen und somit angefallen, nämlich nach §§. 608 und 613 a. b. G. B. das Recht, von der eingesetzten Erbin N zu verlangen, daß diese die ihm von der Erblasserin zugedachte Hälfte ihres Nachlasses nach §§. 504, 507 und 508 a. b. G. B. in der Substanz ungeschmälert hinterlasse. Der Geklagte konnte zwar mit der ihm zugedachten Vermögenshälfte bei Lebenszeit der N nicht verfügen, nichts davon veräußern oder verpfänden; aber das ihm schon durch den Tod der M angefallene, wenngleich durch das Vorsterben der Fiduciarerbin bedingte und deshalb hinsichtlich der Realisirbarkeit ungewisse Recht konnte er, sowie es ihm zustand, gleich jedem anderen Rechte nach §. 878 a. b. G. B. auf die Klägerin durch Cession übertragen; denn es wurde dadurch nichts Unmögliches, nichts Unerlaubtes zugesichert. Der Fall des §. 879, Punkt 4, tritt hier nicht ein, denn es handelte sich bei der Cession nicht um eine Erbschaft, die der Geklagte von der damals noch am Leben gewesenen Fiduciarerbin N hoffte, sondern um das ihm angefallene Erbrecht nach der bereits verstorbenen M, an welchem Rechte N nichts ändern konnte. Es liegt in dieser Cession ein nach §. 1267 a. b. G. B. giltiger Hoffnungskauf, und es schließt auch der §. 1278 den Verkauf eines angefallenen, wenngleich bedingten und deshalb noch ungewissen Erbrechtes nicht aus. Da nun Geklagter der Klägerin die Geltendmachung dieses ihr abgetretenen, durch den erfolgten Tod der N zur Kraft gelangten Erbrechtes dadurch vereitelt hat, daß er dasselbe für seine Person geltend machte, ist die Klägerin nach §§. 919, 932, 1294, 1295 und 1324 a. b. G. B. berechtigt, Schadenersatz und volle Genugthuung zu fordern. Es konnte aber der Klägerin als der ihr gebührende Ersatz nur die Hälfte des angesprochenen Betrages zuerkannt werden, weil der Geklagte der Klägerin nur das ihm aus dem Testamente der M zustehende Erbrecht abgetreten, rücksichtlich verkauft hat, dieses aber damals nur in dem eventuellen Rechte auf die Hälfte des Substitutionsvermögens bestand, und das ihm nach dem Gesetze zukommende Zuwachsrecht auf die seinem Sohne ebenfalls substitutionsweise zugedachte Vermögenshälfte erst durch den vor dem Ableben der Fiduciarerben erfolgten Tod des Sohnes als entstanden

und angefallen betrachtet werden kann, indem der Sohn vor dem Ableben der Fiduciarerbin über das ihm als Substitionserben zugedachte eventuelle Erbrecht verfügen, allenfalls zu Gunsten der Fiduciarerbin darauf verzichten konnte, hingegen dem Geklagten eine Verfügung mit diesem Rechte des Sohnes vor dessen Ableben, folglich zur Zeit der Cession, nicht zustand. In diese Unterscheidung des Erbrechtes des Geklagten von jenem seines Sohnes mußte, ungeachtet der Geklagte in dieser Beziehung keine specielle Einwendung in der Verhandlung gemacht hat, dennoch eingegangen werden, weil hiezu schon seine Opposition gegen den Anspruch der Klägerin auf einen Schadenersatz überhaupt und gegen den angesprochenen Betrag insbesondere Veranlassung gibt.

Nr. 2856.

Gerichtsstand des Fiscus. Gerichtsstand des Vertrages: Versprechen der Einsendung an den eventuellen Cessionar?

Entsch. v. 18. Sept. 1867, Nr. 7502 (Best. des Urth. des L. G. Wien v. 28. Dec. 1866, Nr. 73863, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 21. Mai 1867, Nr. 8876). G. Z. 1867, Nr. 92. G. H. 1868, S. 44.

Im Jahre 1859 hatte die damalige k. k. Statthaltereiabtheilung in Preßburg mit C einen Lieferungsvertrag abgeschlossen, und sich verpflichtet, dem C nach erfolgter Lieferung Certificate über die Höhe der entstandenen Forderung auszustellen. Das geschah denn auch, und wurden dem C Certificate mit Angabe der Ziffer und Rechtsgründe der Forderung und des Zahlungsbetrages übergeben; auch ward dem C in den Certificaten das Cessionsrecht mit dem Beisatze eingeräumt, „daß derselbe im Cessionsfalle anzuzeigen habe, an wen der Forderungsbetrag einzusenden sein wird". A, Cessionar des C, erhob nun auf Grund der ihm abgetretenen Certificate gegen den Fiscus bei dem L. G. Wien Klage auf Zahlung und begründete die Competenz vornehmlich mit dem Hinweise auf das in den Certificaten gegebene Einsendungsversprechen und sein Domicil in Wien. Die erste Instanz erklärte sich incompetent, die zweite entschied im entgegengesetzten Sinne. „Wenn der Fiscus aus den Certificaten", heißt es in den Motiven, „überhaupt und namentlich gemäß der Cession dem Kläger verpflichtet wäre, so würde er auch schuldig sein, demselben den Betrag einzusenden, da der Kläger ja eben, dem Schlußsatze der Certificate gemäß, als Cessionar des C den Anspruch macht, daß ihm der Betrag eingesandt, das heißt, da er in Wien wohnt, nach Wien gesandt, beziehungsweise in Wien ausbezahlt werde. Es greift daher der Gerichtsstand des §. 43 J. N. Platz, indem dieser Paragraph nicht fordert, daß der Zahlungsort ausdrücklich benannt werde,

sondern es nach demselben genügt, daß der Zahlungsort im Vertrage ausdrücklich bestimmt wurde. Die Bezeichnung des Zahlungsortes kann aber auch in anderer Art als durch Benennung des Ortes erfolgen, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Einsendung des Betrages an den Cessionar zu geschehen hat, wo also der jeweilige Wohnort des Letzteren als der ausdrücklich bestimmte Zahlungsort sich darstellt."

Vom obersten Gerichtshofe wurde das Urtheil des ersten Richters wieder hergestellt. In den Gründen wird hervorgehoben: „Kläger sucht die Zuständigkeit des Wiener L. G. damit zu begründen, daß jede Forderung wider den Fiscus an dem Hauptsitze der Finanzverwaltung eingeklagt werden könne, und daß überdies in dem vorliegenden Falle die Zahlung an seinem Wohnsitze in Wien ausdrücklich zugesichert worden sei. Weder das Eine noch das Andere ist richtig; im Sinne des §. 23 der J. N. ist die Finanzprocuratur in Wien zur Vertretung des Fiscus hinsichtlich der nicht in ihrem Sprengel und für dessen Bedürfnisse eingegangenen Verbindlichkeiten nicht berufen. Kläger macht eine von einer ungarischen Verwaltungsbehörde übernommene Zahlungsverbindlichkeit geltend; diese Behörde hat sich aber weder in dem mit C abgeschlossenen Vertrage, noch sonst wo zur Zahlung in Wien verpflichtet, und nur in den über einzelne Lieferungen ausgestellten, die Zahlung in bestimmten Terminen zusichernden und im Cessionswege dem Kläger zugekommenen Certificaten die Einsendung an den allfälligen Cessionar in Aussicht gestellt, wobei zwar die Bekanntgebung des Cessionars als Bedingung der Einsendung des Betrages an ihn aufgestellt erscheint, ohne daß man deshalb die Zahlung an einem bestimmten Orte oder etwa an jedem Orte, wo der allfällige Cessionar sie wünschen würde, als ausdrücklich bedungen oder vereinbart ansehen kann."

Nr. 2857.

Zeugniß von Beamten über dienstliche Wahrnehmungen: Polizeiliche Ausgleichsverhandlungen.

Entsch. v. 19. Sept. 1867, Nr. 5962 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 31. Juli 1866, Nr. 42085, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 27. Februar 1867, Nr. 23282). G. Z. 1868, Nr. 20.

In einer Rechtssache hatte die Klägerin den Zeugenbeweis durch zwei Polizeicommissäre über eine Verhandlung angeboten, welche zwischen den streitenden Parteien mit Beziehung auf den streitigen Gegenstand vor dem Polizeicommissariat war gepflogen worden. Das Gericht erster Instanz hielt den Beweis für irrelevant und erkannte

sofort auf Abweisung der Klage. Die Klägerin appellirte und bestand auf Zulassung des Beweises, wogegen der Beklagte in der Appellationseinrede geltend machte, daß die bezeichneten Commissäre als Zeugen nicht vernommen werden können, weil deren Aussagen die Verletzung eines Amtsgeheimnisses in sich schließen würden. — Das O. L. G. erkannte auf den Zeugenbeweis.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung. Gründe: Das Hfd. vom 8. März 1791, Nr. 123 J. G. S., schließt nur die Zeugenschaft von Gerichtspersonen über jenes aus, was ihnen in ihrem Amte des Dienstes halber vor Gericht bekannt geworden ist und worüber sie den Eid der Verschwiegenheit abgelegt haben, und dem Hfd. vom 29. November 1808, Nr. 38.084, rücksichtlich vom 2. März 1825, Nr. 8197 (welches von der k. k. allgemeinen Hofkammer an die Unterbehörden ihres Verwaltungszweiges erlassen worden ist), kann füglich nicht der ausgedehnte Sinn beigelegt werden, daß es untersagt sein soll, Organe einer Polizeibehörde in einer streitigen Parteiangelegenheit, hinsichtlich welcher nur zum Zwecke eines Ausgleichsversuches eine polizeibehördliche Ingerenz stattfinden konnte, als Zeugen vor Gericht über den nämlichen Gegenstand und in der Sache derselben Parteien, deren Streit daselbst vorgebracht wurde, zum Behufe der gerichtlichen Entscheidung zu vernehmen, da doch diesen Parteien gegenüber es kein Amtsgeheimniß sein kann, was zwischen ihnen selbst vor der Polizeibehörde vorfiel.

Nr. 2858.

Competenz des Gerichtshofes erster Instanz zur Genehmigung des Verkaufes von Liegeuschaften einer Minderjährigen zugefallenen Erbschaft.

Entsch. v. 19. Sept. 1867, Nr. 8148 (Aufhebung des Beschlusses des L. G. Salzburg v. 24. August 1867, Nr. 8150). G. H. 1868, S. 38.

Der Beschluß des L. G. Salzburg, womit die vom B. G. Hallein als Abhandlungsgericht nach §. 83 J. N. angesuchte Genehmigung des Verkaufes von Liegenschaften einer minderjährigen Erbin angefallenen Verlassenschaft aus dem Grunde abgelehnt wurde, weil es sich um die Veräußerung von Immobilien einer Verlassenschaft, nicht der Pupillen handelt, wurde vom Präsidenten des L. G. suspendirt und vom O. L. G. nach §. 172 der Geschäftsordnung vom 3. Mai 1853, R. G. Bl. Nr. 81, dem obersten Gerichtshofe vorgelegt, welcher in Erwägung, daß die Bestimmung des §. 83 J. N., welche die Genehmigung der Veräußerung unbeweglicher Sachen der Mündel und Pflegbefohlenen dem Gerichtshofe *erster* Instanz vor-

behält, auf der Voraussetzung der höheren Wichtigkeit einer solchen Angelegenheit beruht und daher mit der angeordneten Ingerenz des Gerichtshofes erster Instanz nur eine noch größere Bürgschaft für die sorgfältige Wahrung jener Personen bezweckt; daß aber dieses Interesse in gleichem Maß berührt erscheint, mag es sich um den Verkauf von Immobilien, die Mündeln oder Pflegebefohlenen eigenthümlich gehören, oder von Liegenschaften handeln, die ihnen bereits erblich angefallen und nur noch nicht eingeantwortet und grundbücherlich zugeschrieben sind, weil auch das angefallene Erbrecht schon ein Object des Erbenvermögens ist, und daß es sich hier auch nicht um einen vom Erblasser angeordneten oder durch dringende Zahlungen oder zur Vermeidung eines offenbaren Nachtheils nöthigen, sondern um einen um des Vortheils willen beantragten Verkauf handelt, mithin auch nicht die Voraussetzungen des §. 145 des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, eintreten, — den Beschluß des L. G. aufgehoben und dem L. G. die Entscheidung über den Verkaufsantrag aufgetragen hat.

Nr. 2859.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Klage einer Eisenbahngesellschaft gegen eine andere auf Nichtigerklärung der Concession wegen Verletzung eines der ersteren ertheilten Privilegiums.

Entsch. v. 24. Sept. 1867, Nr. 6815 (Best. des Decr. des L. G. Wien v. 17. April 1867, Nr. 20787, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 5. Juni 1867, Nr. 9305). G. Z. 1867, Nr. 87. G. H. 1867, S. 386. Gazz. dei Trib. 1867, Nr. 23.

Mit der Concessionsurkunde vom 1. December 1866 (R. G. Bl. vom Jahre 1867, Nr. 6) wurde von Sr. Majestät auf Grundlage des kais. Patentes vom 20. September 1865, R. G. Bl. Nr. 89, der k. k. priv. österr. Staatseisenbahn-Gesellschaft das Recht zum Bau und Betrieb mehrerer in 1 bis 4 des §. 1 der Urkunde bezeichneten Locomotiv-Eisenbahnen ertheilt, die Dauer derselben mit Ueberschreitung des im §. 7 der Verordnung des Handelsministeriums vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238 (betreffend die Ertheilung von Concessionen für Privat-Eisenbahnbauten) fixirten Termines von 90 Jahren, auf 99 Jahre festgesetzt, die Befreiung von der Einkommensteuer auf zehn Jahre bewilligt und der Jahresbetrag, welcher zur Verzinsung und Amortisation der zur Aufbringung des Bahnanlagecapitals emittirten Obligationen nothwendig ist, von der Staatsverwaltung garantirt. Die a. pr. Kaiser Ferdinands-Nordbahn-

Gesellschaft, ihre Rechte durch diese Concession und zwar der im §. 1 der Urkunde sub 1 und 2 (1. Verlängerung der südöstlichen Staatsbahn von Marchegg über Stadlau zur Einmündung in den Wien-Raaber Bahnhof; 2. von Stadlau über Süßenbrunn, Wolkersdorf, Mistelbach, Laa, Frischau bis zur Einmündung in die Brünn-Rossitzer Bahn) angeführten Linien als gefährdet und beeinträchtigt, den Bau jener Bahnen als einen Eingriff in ihr ausschließliches Privilegium betrachtend, belangte nun mit Klage vom 11. April 1867 die Staatseisenbahn-Gesellschaft und das k. k. Staatsärar und begehrte das richterliche Erkenntniß: I. Die der Staatsbahn-Gesellschaft ertheilte Bewilligung zum Bau der im §. 1 der Concessionsurkunde vom 1. December 1866, sub 1 und 2 bezeichneten Eisenbahnen sei, soweit durch dieselben in ihrem Zusammenhange eine Locomotiveisenbahnverbindung a) von Wien mit Brünn und b) von dem Punkte der Nordbahn, wo diese von der neuen Eisenbahn durchschnitten wird, mit Brünn hergestellt werden soll, nicht zu Recht bestehend und der Kaiser Ferdinands-Nordbahn gegenüber rechtsunwirksam; es sei demnach II. die Staatseisenbahn-Gesellschaft zum Bau und Betriebe einer Locomotiveisenbahn von Wien über Stadlau, Süßenbrunn, Wolkersdorf, Mistelbach, Laa, Frischau bis zur Einmündung in die Brünn-Rossitzer Bahn nicht berechtigt; III. wenn die Staatseisenbahn-Gesellschaft dessenungeachtet eine solche Bahn herstellt, sei dieselbe zu Gunsten der Kaiser Ferdinands-Nordbahn zu confisciren, beziehungsweise in das Eigenthum der letzteren verfallen und IV. im Falle der nicht berechtigten Herstellung einer solchen Bahn seien die Staatseisenbahn-Gesellschaft und das Staatsärar in solidum schuldig, der Kaiser Ferdinands-Nordbahn allen daraus und aus dem Bahnbetriebe erwachsenen, erweislichen Schaden zu ersetzen. Diese Klage wurde in Erwägung, daß die Ertheilung von Privilegien, rücksichtlich Concessionen ein Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt ist, Gerichte aber auf Rechtsunwirksamkeit oder Zurücknahme eines Actes der gesetzgebenden Gewalt zu erkennen in Hinblick auf §. 1 a. b. G. B. nicht befugt sind, von der ersten Instanz wegen Unzuständigkeit des Gerichtes a limine abgewiesen. — Auf den Recurs der Klägerin hat das O. L. G. den Bescheid der ersten Instanz aufgehoben und derselben aufgetragen, die Klage mit Abstandnahme von obigem Abweisungsgrunde der G. O. gemäß zu erledigen. Diese Verordnung wurde damit motivirt, daß nach §. 1 der J. N. eine gerichtliche Klage ohne vorgängige gerichtsordnungsmäßige Verhandlung von Amtswegen nur bei offenbarer Incompetenz abzuweisen ist, die gegenwärtige Klage und ihr Begehren im Ganzen nur die privatrechtliche Rückwirkung der der beklagten Eisenbahngesellschaft ertheilten Concession und der Ausführung derselben auf die von der Klägerin aus ihrem Privilegium von 1836 hergeleiteten Rechte zum Gegenstand hat, in dieser Richtung aber — Collision privatrechtlicher Interessen — eine offenbare Incompetenz nicht vorliegt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid in Erwägung, daß das Begehren der Klage in erster Linie dahin gerichtet ist, daß die in der Concessionsurkunde vom 1. December 1866 ertheilte Bewilligung u. s. w. (wie in I der vorhin angeführten Klagbitte) als nicht zu Recht bestehend und der Klägerin gegenüber als rechtsunwirksam erklärt werde und demgemäß die beklagte Eisenbahn-Gesellschaft zum Bau und Betriebe u. s. w. (siehe II des Petits) nicht berechtigt sei, daß jedoch nach §. 2 des Eisenbahn-Concessionsgesetzes vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238, die Concession der Bahnanlage von Sr. Majestät ertheilt wird, wie denn auch die der beklagten Bahngesellschaft ertheilte Concessionsurkunde vom 1. December 1866, Nr. 6 des R. G. Bl. von 1867, ein von Sr. Majestät auf Grundlage des a. h. Patentes vom 20. September 1865, R. G. Bl. Nr. 89, erlassenes, in der für die Kundmachung von Gesetzen vorgeschriebenen Art verlautbartes Gesetz ist; daß der Rechtsbestand und die Rechtswirksamkeit eines Actes der gesetzgebenden Gewalt kein Gegenstand civilrechtlicher Verhandlung und Entscheidung sein und mithin der beklagten Gesellschaft das ihr durch die erwähnte Concessionsurkunde im Wege der Gesetzgebung zuerkannte Recht zum Bau und Betriebe der darin bezeichneten Bahnlinien durch eine gerichtliche Entscheidung nicht aberkannt werden kann; daß aber auch die Frage der Vereinbarkeit der Concessionsurkunde mit dem Privilegium der Klägerin sich ebenso im Sinne der §§. 6 und 13 des Eisenbahn-Concessionsgesetzes vom 14. September 1854, Nr. 238, wie im Sinne des Hofkanzleidecretes vom 26. Nov. 1842, Nr. 657, und des Just. Hofdecretes vom 9. Juli 1845, Nr. 896 J. G. S., der Entscheidung des Civilrichters entzieht; daß die mit der Concessionsurkunde ertheilte Bewilligung zu den darin bezeichneten Bahnbauten die im administrativen Wege (§. 6 des Gesetzes vom 14. September 1854) vorhergegangene Erörterung der in Bezug auf das Privilegium der Klägerin obwaltenden Verhältnisse voraussetzt und die Vereinbarkeit der Concession mit diesem Privilegium in Folge der wirklich stattgefundenen Concessionsertheilung als bereits im administrativen Wege anerkannt und entschieden betrachtet werden muß; daß das sub III gestellte Petit sich nur als ein Ausfluß des Begehrens um das Erkenntniß auf Rechtsunwirksamkeit der Concession darstellt und als solcher keinen Gegenstand selbständiger Austragung im Civilrechtswege bilden kann; daß endlich dasselbe auch von dem sub IV begehrten Ausspruch über die Solidarverbindlichkeit der Beklagten zum Schadenersatze gilt, ein bestimmter Ersatzanspruch überhaupt nicht gestellt wurde und eine Ersatzpflicht im Grundsatz über die vorliegende Klage im gerichtlichen Wege nicht ausgesprochen werden kann, da die Voraussetzung eines solchen Ausspruches, nämlich die Ungiltigkeit der Concession vom 1. December 1866, im Wege dieser Klage nicht festzustellen ist.

Nr. 2860.

Außerordentlicher Recurs gegen die gleichförmige unterrichterliche Abweisung eines Gesuches um Intabulation: Rückwirkende Kraft der aufrechten Erledigung desselben.

Entsch. v. 24. Sept. 1867, Nr. 7054 (Best. des das Urth. des L. G. Lemberg v. 28. August 1866, Nr. 38682, abänd. Urth. des O. L. G. Lemberg v. 2. April 1867, Nr. 43200). G. Z. 1868, Nr. 1.

Nr. 2861.

Unzulässigkeit einer besonderen Verhandlung über die Legung von Neuerungen in der Schlußschrift.

Entsch. v. 25. Sept. 1867, Nr. 8461 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 17. Juli 1867, Nr. 68008, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 6. August 1867, Nr. 13936). G. Z. 1868, Nr. 27.

In einer Rechtssache wurde mit der Schlußschrift das Gesuch um Zulassung der darin vorgebrachten Neuerungen überreicht. Das Gericht erster Instanz, von der Ansicht ausgehend, es habe nicht ohne Vernehmung des Geklagten zu entscheiden, ob die in der Schlußschrift gebrachten Neuerungen und Beweismittel lediglich zur Entkräftung der in der Duplik vorkommenden Neuerungen dienen oder nicht, bestimmte eine Tagsatzung zur Anhörung des Gegners. Vom O. L. G. wurde das Gesuch sofort abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Erlaß des O. L. G., weil die Anbringung von Neuerungen in der Schlußschrift nach §. 57 der a. G. O., sofern solche unmittelbar zur Entkräftung der in der Duplik beigebrachten Neuerungen dienen, ohne Legungsansuchen, außerdem aber gar nicht gestattet, das Legungsgesuch also entweder überflüssig oder gesetzlich unstatthaft ist und das Gericht den Beruf nicht hat, über ein gesetzlich unstatthaftes Begehren, sei es um den Widerspruch oder etwa um die Beistimmung des Gegners zu vernehmen, eine Verhandlung einzuleiten.

Nr. 2862.

Juristische Natur der „Nachbarschaften" in Kärnten. Besitzstörungsklage des Pächters der gemeinschaftlichen Sache gegen Miteigenthümer, welche am Vertragsabschluß nicht theilgenommen hatten.

Entsch. v. 3. Sept. 1867, Nr. 7351 (Best. der Erkenntnisse des B. G. Kötschach v. 16. Februar 1867, Nr. 122, und des O. L. G. Graz v. 19. Juni 1867, Nr. 5024). G. Z. 1867, Nr. 86*).

Die Alpe „Misoria" gehört einer „Nachbarschaft", welche aus 87 Mitgliedern besteht. Solches Nachbarschaftseigenthum wird nicht als Gemeindegut, sondern als Privateigenthum der Mitglieder der Nachbarschaft angesehen. Die Benützung jener Alpe bestand in der Regel darin, daß jedes Mitglied zur Alpenzeit eine entsprechende Anzahl Vieh auf die Alpe trieb; einige Male wurde die Alpe auch an Dritte verpachtet, und eine solche Verpachtung hat namentlich in den Fünfziger Jahren stattgefunden. Nachdem nun in den Sechsziger Jahren die einzelnen Mitglieder die Alpe wieder selbst benützt und ihr Vieh jährlich aufgetrieben hatten, schlossen im Jahre 1865 42 Mitglieder mit zwei Italienern einen neuen Pachtvertrag. Ihre Berechtigung leiteten sie daraus ab, daß den Vertrag dieselbe Gemeinderepräsentanz unterschrieben habe, welche den früheren Pachtvertrag abgeschlossen hatte, dann daraus, daß die Stimmen der Miteigenthümer nach dem Verhältnisse der von ihnen besessenen ganzen, halben und Drittelhäuser zu berechnen seien, bei welcher Berechnung sich eine Mehrheit für den Vertragsabschluß ergab. Da indeß die Gegenpartei den Vertrag nicht anerkannte und die Alpe weiter benützte, kam es zu einer Besitzstörungsklage, welche die Pächter gegen sie anstellten. Beide Untergerichte erkannten nach dem Klagbegehren. Das Gericht *erster* Instanz stützte sich darauf, daß die Kläger durch den Pachtvertrag in den Besitz des Rechtes gelangten, die Alpe, welche laut Grundbuchauszuges ein gemeinschaftliches Eigenthum der Bürgerschaft zu Mauthen ist, ausschließend zu gebrauchen und zu benützen, in welchem Besitze sie in Gemäßheit der Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, vorderhand insolange geschützt werden müßten, als das Pachtverhältniß dauert, umsomehr, weil die Kläger eingestandenermaßen im Monate Mai 1866 in der gepachteten Alpe zur Verbesserung der Weide geschwendet, an den Alpenhütten und Stallungen der Alpe verschiedene Aufbesserungen vorgenommen und daher factisch auch Besitzrechte ausgeübt haben; daß der Abschluß des Pachtvertrages durch die Kundmachung ddo. 10. März 1866 mit dem Bemerken zur allgemeinen Kenntniß gebracht wurde, daß dieser

*) Aus Versehen hier, statt nach Nr. 2845, eingereiht.

Pachtvertrag in der Gemeindekanzlei zur Einsicht aufliege; daß die Geklagten nicht in Abrede stellen, das Vieh erst am 25. Mai 1866, also nach der geschehenen Kundmachung des Pachtvertrages auf die Alpe getrieben zu haben, und dieser Viehauftrieb daher als eine Besitzstörung erscheint, weil es dem Geklagten nur bevorstand, die Giltigkeit des Pachtvertrages anzufechten; daß alle ihre heutigen Einwendungen gegen den aufrechten Bestand des Pachtvertrages hier nicht am Platze sind, weil diese Frage nur im ordentlichen Rechtswege zwischen den heutigen Geklagten und ihren Mitbürgern, welche die Verpachtung vorgenommen haben, auszutragen ist; daß nach §. 5 der kaiserl. Verordnung vom 27. October 1849 es vorliegend nur auf die Erörterung und auf den Beweis der Thatsache des letzten factischen Besitzstandes und über die erfolgte Störung ankommt. Das O. L. G. fügte noch bei, daß die von den Klägern auf der Misoria-Alpe ausgeübten Besitzacte von den Geklagten nicht widersprochen worden sind und daß der Pachtvertrag vom Jahre 1865, auf dessen Grundlage die Besitzhandlungen ausgeübt worden sind, von derselben Gemeindevorstehung abgeschlossen worden ist, welche factisch und ohne Beanständigung einen früheren Pachtvertrag abgeschlossen hat, und daß daher in dieser Beziehung eine offenbare Rechtsungiltigkeit, welche die Klage als unstatthaft erscheinen ließe, nicht vorliegt.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs der Beklagten und bezog sich auf die vorstehende Begründung der Untergerichte.

Nr. 2863.

Behandlung der Ausgedinge bei der Meistgebotsvertheilung.

Entsch. v. 26. Sept. 1867, Nr. 8238 (Best. des Decr. des B. G. Ried v. 15. Juni 1867, Nr. 2583, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 23. Juli 1867, Nr. 13263). G. Z. 1868, Nr. 11. G. H. 1868, S. 251.

In den Bedingnissen zur Feilbietung einer Realität wurde bestimmt, daß der Ersteher das auf derselben haftende Ausgeding der Eheleute A in Natur zu entrichten habe, so weit sich das Meistgebot erstreckt. Die erste Instanz fand, daß der auf das Ausgeding noch entfallende Rest des Kaufschillings mit 1900 fl. den bereits mit 2900 fl. ermittelten Capitalswerth des Ausgedinges nicht deckt, und entschied, daß der Ersteher zwar das ganze Ausgeding zu entrichten habe, dagegen befugt sei, jenen Betrag, um welchen der Werth des jährlichen Ausgedinges die fünfpercentigen Interessen des Kaufschillings übersteige, von diesem Capitalsreste, als seiner Schuld, in Abzug zu bringen. Dagegen beschwerte sich der dem Ausgedinge im Grundbuchsstande zunächst folgende Hypothekargläubiger B, und die zweite Instanz entschied, daß die Auszugsberechtigten mit dem durch den Erlös nicht gedeckten Theile

des Capitalswerthes ihres Ausgedinges zu Verlust gehen und der Rest des Erlöses (also 1900 fl.) nach dem seinerzeitigen Erlöschen des Auszuges dem B, als zunächst folgendem Satzgläubiger, zufalle. Gründe: Nach §. 328 a. G. O. hat der Meistbietende die auf dem erkauften Gute haftenden Schulden nur nach Maßgabe der Zulässigkeit des Meistgebotes zu übernehmen, und müssen sich auch die Satzgläubiger, welche nicht ganz zum Zuge kommen, einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen. Diese allgemeine Regel findet auch bei den Auszugsberechtigten statt, deren ausgemitteltes Reluitionscapital nur theilweise im Meistgebote seine Deckung findet, und zwar hier umsomehr, als im §. 5 der Licitationsbedingnisse ausdrücklich festgesetzt ward, daß der Ersteher den auf dem Gute haftenden Auszug zwar in natura, jedoch nur nach Maßgabe des Meistgebotes und Grundbuchstandes zu übernehmen habe, so wie, daß das zum Behufe der Liquidirung des Auszuges ermittelte Capital nach Ableben der Auszügler sogleich den hierauf angewiesenen Gläubigern auszuzahlen sei; endlich liegt auch ein Widerspruch darin, einerseits auszusprechen, daß der Naturalauszug theilweise zu Verlust gehe, und andererseits doch wieder dessen Ergänzung und zwar zum Nachtheile des nachfolgenden Satzgläubigers zu verfügen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Meistgebotsvertheilungs-Erkenntniß erster Instanz. Gründe: Daraus, daß auch die Ausgedinger, wenn das Meistgebot nicht ausreicht, sich mit dem, nach der Priorität des zur Sicherstellung ihres Auszuges haftenden Pfandrechtes, darauf entfallenden Meistgebotsreste begnügen müssen, folgt wohl, daß sie mit dem unbedeckten Reste ihrer capitalisirten Forderung, also mit 1000 fl. zu Verluste gehen, und nur so lange, als der Meistgebotsrest von 1900 fl. dazu ausreicht, den Auszug fordern können, keineswegs aber, daß der zur Deckung ihrer Hypothekarforderung verbleibende Meistgebotsrest nicht dazu verwendet werden dürfe, sie so lange als möglich den sichergestellten Auszug in natura genießen zu lassen, was bei dem Umstande, als der Jahreswerth des Auszuges 145 fl. beträgt, die 5percentigen Zinsen von 1900 fl. aber nur auf 95 fl. jährlich sich belaufen, eben nur auf die Art möglich ist, daß der jährliche Abgang dem Capitale entnommen wird, daher auch die im §. 5 der Licitationsbedingnisse vorgesehene Herauszahlung des Capitals an die hierauf angewiesenen Gläubiger umsomehr nur von dem nach Erlöschen der Auszugsverbindlichkeit noch vorhandenen Capitale zu verstehen ist, als ja nach demselben §. 5 der Ersteher den vollen Auszug in natura zu leisten hat, dabei aber zur Abrechnung vom Meistgebote befugt ist, welche Abrechnung, soweit sich der Jahreswerth nicht mit den fünfpercentigen Zinsen des Ablösungscapitals compensirt, selbstverständlich von diesem Capitale geschehen muß.

Nr. 2864.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte und Verwaltungsbehörden: Wasserzufluß zu Mühlen.

Entsch. v. 2. October 1867, Nr. 8626 (Aufheb. des das Decr. des B. G. Ravelsbach v. 1. März 1867, Nr. 962, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 3. Juli 1867, Nr. 11904). G. Z. 1868, Nr. 12. G. H. 1868, S. 146.

Die Grundbesitzer A belangten den Müller B wegen Besitzstörung, weil der Letztere auf einer zwischen ihren Wiesen gelegenen Mulde, sowie auf ihren Wiesen selbst Erdaushebungen vornehmen, Gräben ziehen, das Erdreich auf ihre Wiesen auswerfen ließ und dadurch ihnen eigenmächtig das Wasser ableitete und ihre Wiesen beschädigte. Das Gericht erster Instanz erkannte in merito. Auf den Recurs des Beklagten hob das O. L. G. das Verfahren und Erkenntniß auf und wies den Gegenstand an die politische Behörde in der Erwägung, daß es sich darum handle, inwieweit der Geklagte als Mühlenbesitzer zum fortdauernden Genusse des Mühlwassers die ihm als Besitzstörung angeschuldete Handlung unternehmen konnte, und die Entscheidung dieser Streitigkeiten nach Min.-Vdg. vom 7. Juli 1860, R. G. Bl. Nr. 172, zur Competenz der politischen Behörde gehört.

Der oberste Gerichtshof dagegen trug dem O. L. G. auf, in die Sache selbst, als zur Verhandlung im Rechtswege geeignet, einzugehen, weil die Klage sich nicht auf eine zum Nachtheile des Müllers vorgenommene Aenderung des Gerinnes, sondern auf eine angeblich von ihm eigenmächtig auf dem Grunde der Kläger vorgenommene Aufgrabung und Erweiterung von Quellen gründet, um sich mehr Wasser zu verschaffen, als er bisher zu seinem Werkbetriebe besaß, daher zur Verhandlung im Rechtswege gehört.

Nr. 2865.

Behandlung von Servituten bei der executiven Feilbietung des dienenden Grundstückes.

Entsch. v. 2. October 1867, Nr. 8659 (Best. des das Decr. des L. G. Graz v. 7. Juni 1867, Nr. 8509, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 17. Juli 1867, Nr. 7545). G. Z. 1868, Nr. 1.

Auf einer Realität war die Dienstbarkeit des Nichthöherbauens zwar nicht im Besitz-, wohl aber im Lastenstande und dort am ersten Platze einverleibt. Schon bei Bewilligung der executiven Schätzung wurde dem damit betrauten Beamten verordnet, auf diese Dienstbarkeit Bedacht zu nehmen; doch war in dem Schätzungsprotokolle nicht insbesondere bemerkt, ob und daß dieser Weisung entsprochen worden sei. Der Ersteher der Realität A bat nun, den Servitutsberechtigten

B mit seinem Anspruche, daß die Servitut auf der Realität belassen werde, auf den ordentlichen Rechtsweg zu weisen, weil die Dienstbarkeit nicht im Besitz-, sondern nur im Lastenstande ausgezeichnet, bei der Schätzung der Realität und in den Licitationsbedingnissen nicht berücksichtigt, daher nur ihr zu ermittelnder Werth bei der Meistbotvertheilung zu liquidiren und zu beachten sei. — Die erste Instanz gab diesem Klagbegehren statt. Gründe: Es kann die bei der Verhandlung über die Vertheilung des Meistgebotes geforderte Aufrechterhaltung der Servitut in natura auf diese Verhandlung nicht ausgesprochen werden. Nach §. 328 u. ff. der a. G. O., Hfd. vom 11. August 1827, J. G. S. Nr. 2300, und 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621, lit. a, sind für die Bestimmung derjenigen Lasten, welche der Ersteher zu übernehmen hat, nur die Licitationsbedingnisse und das Schätzungsprotokoll maßgebend. B ist von der auf diesen Grundlagen bewilligten executiven Feilbietung verständigt worden, und hat insbesondere gegen die Licitationsbedingnisse keine Einsprache erhoben. In denselben ist der Vorbehalt der Uebernahme der Servitut nicht gemacht; laut des Schätzungsprotokolles ist die nur im Lastenstande ersichtlich gemachte Servitut bei der Werthbestimmung der Realität nicht berücksichtigt. Es kann daher der von B erst aus Anlaß der Meistgebotsvertheilung erhobene Anspruch auf Belassung der Servitut in der vorliegenden Verhandlung nicht weiter beachtet werden. — Die zweite Instanz hat in der Erwägung, daß die Servitut auf der Realität am ersten Platze haftet, somit weder der Besitzer der Realität, noch einer der Satzgläubiger, noch der Käufer der Realität berechtigt ist zu verlangen, daß die Realität servitutsfrei veräußert werde, und der Servitutsberechtigte sich mit der Ablösung seines Rechtes im Geld begnüge; daß Servituten mit dem Besitze der Realität auf jeden Besitznachfolger übergehen, somit auch auf den Ersteher, wenn die Licitationsbedingnisse diesfalls keine Ausnahme enthalten, was vorliegend nicht der Fall ist; daß im §. 1 der Bedingnisse auf die gerichtliche Schätzung hingewiesen ist, dabei aber laut Protokolls die Schätzmänner ausdrücklich angewiesen wurden, den Werth der Realität mit Berücksichtigung der darauf haftenden fraglichen Servitut zu erheben; daß die Außerachtlassung dieser Weisung aus dem Schätzungsprotokolle nicht erhellt; daß selbe, sowie die Nichtberücksichtigung der Servitut bei der Schätzung überhaupt, dem Berechtigten nicht nachtheilig sein könnte; daß B sich im Besitze des Rechtes befindet, daher zur Darthuung desselben im ordentlichen Rechtswege nicht aufgefordert werden kann, vielmehr Derjenige, welcher die Erlöschung des Tabularrechtes behauptet, diese gegen den Besitzer beweisen muß, — den Ersteher A mit seinem Begehren abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung mit Beziehung auf die Gründe der zweiten Instanz und in Anbetracht, daß

die Eintragung der fraglichen Servitut im Lastenstande, anstatt im Besitzstande, ihre Haftung auf der Realität nicht beirrt, dann wegen obiger Weisung an die Sachverständigen bezüglich der Schätzung, und weil der abgegebene Befund keinen Anhaltsgrund zu der Annahme bietet, daß sie selbe unbeachtet gelassen haben.

Nr. 2866.

Grundlage des Executivprocesses.

Entsch. v. 3. October 1867, Nr. 8687 (Best. des das Decr. des H. G Wien v. 7. Juni 1867, Nr. 58990, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 30. Juli 1867, Nr. 13511). G. Z. 1868, Nr. 6.

Die Ehegatten B hatten sich genöthigt gesehen, ihre Zahlungen einzustellen und trafen mit einem Comité ihrer Gläubiger ein Uebereinkommen, wonach sich letzteres verpflichtete, sämmtlichen Gläubigern der obgenannten Ehegatten 25 Perc. ihrer ausgewiesenen Forderungen zu bezahlen, wogegen der gesammte Activstand der Schuldner in ihr Eigenthum überging. Auf Grund dieses Uebereinkommens belangte nun A, ein Gläubiger der Ehegatten, das Gläubigercomité auf Zahlung von 25 Perc. seiner Wechselforderung per 2000 fl. mit der Bitte um Einleitung des Executionsverfahrens nach §. 298 a. G. O. und Hofd. vom 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, welchem Begehren von Seite des Gerichtes erster Instanz entsprochen wurde, wogegen das O. L. G. die Einleitung des Verfahrens nach §. 16 a. G. O. verordnete.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil weder in dem Uebereinkommen noch sonst beurkundet ist, daß unter den es annehmenden Gläubigern auch der damalige Besitzer des Wechsels (Vormann des Klägers) begriffen sei, vielmehr in der Klage selbst angeführt ist, daß derselbe von dem Uebereinkommen keine Kenntniß hatte und der Wechsel nicht vorgewiesen wurde.

Nr. 2867.

Weiterverpfändung einer in der Innehabung des Verpfänders belassenen Sache: Priorität des Pfandrechtes.

Entsch. v. 9. October 1867, Nr. 7742 (Best. des Urth. des B. G. Troppau v. 30. April 1867, Nr. 3280, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn vom 12. Juni 1867, Nr. 6071). G. Z. 1868, Nr. 9.

A hatte wider X im December 1864 das executive Pfandrecht an einem Wagen erwirkt. X, in dessen Inhabung derselbe war belassen worden, übergab ihn im Jänner 1865 dem Sattler B zur Reparatur,

und als er in der Folge von B auf Zahlung einer Geldsumme belangt wurde, schloß er mit demselben im März 1865 einen gerichtlichen Vergleich, in welchem er ihm, „das erste gerichtliche Pfandrecht an dem Wagen einräumte". Dieser wurde später executiv verkauft und nun begehrte A wider B das Erkenntniß, daß ihm ein besseres Pfandrecht an dem Wagen zustehe, da er ihn um drei Monate früher als B in executive Pfändung gezogen habe. Der Geklagte B bestritt in der Verhandlung die Identität des von ihm zur Feilbietung gebrachten Wagens mit dem von A gepfändeten, worüber Letzterer den Haupteid auftrug. — Das Gericht erster Instanz wies den Kläger ab in der Erwägung, daß die Identität des Wagens durch den geführten Zeugenbeweis nicht dargethan sei, und selbst wenn dieses der Fall wäre, doch dem Begehren der Klage nicht stattgegeben werden könne, weil der Geklagte von X auf eine redliche und entgeltliche Art in den Besitz des Wagens gelangte, dessen Verwahrung dem X vom Kläger anvertraut war, mithin der Geklagte zufolge §§. 456, 367, 322 und 324 a. b. G. B. in seinem Besitze geschützt werden müsse, wonach der Haupteid, als irrelevant, entfalle. — Das O. L. G. erkannte auf den Haupteid. Gründe: Es wurde vom Geklagten selbst nicht der Schutz seines Pfandrechtes aus den §§. 456 und 367 a. b. G. B. in Anspruch genommen. Auch handeln diese Paragraphen nur von der Eigenthumsklage, nicht von der Geltendmachung des Pfandrechtes gegen einen anderen Pfandbesitzer; die §§. 322 und 324 hindern aber nicht, das dingliche Pfandrecht gegen den Besitzer der Sache geltend zu machen.

Im Revisionszuge, worin erst der Geklagte sich auf die §§. 456 und 367 a. b. G. B. berief, wurde das erstrichterliche Erkenntniß bestätigt in der Erwägung, daß der Kläger den Wagen in dem Besitze des X ließ, also ihm denselben anvertraute; daß demnach Kläger in Gemäßheit der §§. 456 und 367 a. b. G. B. selbst in dem Falle, als X den Wagen dem Geklagten eigenthümlich überlassen hätte, ihn nicht würde haben zurückfordern können; daß er ferner sogar, wenn er Eigenthümer des Wagens und nicht blos Pfandgläubiger bezüglich desselben gewesen wäre, den redlichen Pfandinhaber B hätte schadlos halten, nämlich dessen Forderung berichtigen oder sein Pfand fahren lassen müssen; daß aus diesen Gründen und in analoger Anwendung obiger §§. 456 und 367 a. b. G. B. er mit seinem Pfandrechte jenem des Geklagten nachstehen muß.

Nr. 2868.

Besitzstörungsproceß: Unzulässigkeit des Recurses gegen die Cassirung des erstrichterlichen Erkenntnisses.

Entsch. v. 9. October 1867, Nr. 8840. G. H. 1868, S. 7.

Der Recurs gegen die obergerichtliche Verordnung, wodurch die erstgerichtliche Entscheidung eines Besitzstörungsstreites aufgehoben und die Ergänzung des Verfahrens und sodann die Fällung eines neuen Erkenntnisses aufgetragen worden ist, wurde vom obersten Gerichtshofe nach §. 16 des Gesetzes vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12 (Ausschließung des Recurses gegen richterliche Verfügungen im Zuge des Verfahrens) als unzulässig erklärt und abgewiesen.

Nr. 2869.

Vollstreckung des richterlichen Auftrages zur Rückkehr in die eheliche Gemeinschaft.

Entsch. v. 9. October 1867, Nr. 8888 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 5. Juli 1867, Nr. 36629, und des O. L. G. Wien vom 13. August 1867, Nr. 14711). G. Z. 1868, Nr. 19. G. H. 1868, S. 16.

Mit obergerichtlich bestätigtem Bescheid hatte das Gericht erster Instanz der in Galizien sich aufhaltenden Gattin des A die Rückkehr in den Wohnsitz ihres Ehegatten zu Wien zur Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft binnen 14 Tagen bei sonstigen Zwangsmaßregeln aufgetragen. Demnach schritt A um zwangsweise Ueberbringung seiner Ehegattin nach Wien „auf geeignetem Wege“ ein, wurde jedoch mit dem Beifügen zurückgewiesen, daß er die Art und Weise der auf seine Kosten zu verfügenden zwangsweisen Ueberbringung seiner Ehegattin gehörig zu beantragen und zugleich den erforderlichen Baarbetrag zur Bestreitung der Kosten der zwangsweisen Ueberbringung seiner Ehegattin und der Rückreise des Ueberbringers beim Expedite zu erlegen habe. Sohin bat A in einem neuerlichen Gesuche um Veranlassung der Ueberbringung seiner Gattin in seinen hierortigen Wohnsitze mittelst gebundener Marschroute unter dem Erlage von 17 fl. ö. W. für eine Eisenbahnfahrkarte dritter Classe. Das Gericht erster Instanz wies jedoch auch dieses Gesuch zurück, weil sich die beantragte Executionsmaßregel als kein gerichtsordnungsmäßiges Executionsmittel darstellt. In dem dagegen ergriffenen Recurse begehrte der Gatte nunmehr die Anordnung der Hieherbringung seiner Ehegattin im amtlichen Wege und durch die der Behörde im öffentlichen Interesse zu Gebote stehenden Zwangsmittel, wie z. B. im Requisitionswege durch Veranlassung der Einlieferung, sei es mittelst gebundener Marschroute,

sei es unter Escortirung oder in sonstiger dem amtlichen Verfahren entsprechender Weise. Doch bestätigte das O. L. G. den erstrichterlichen Bescheid aus dessen Gründen.

Der oberste Gerichtshof war gleichfalls der Ansicht der Untergerichte, weil auch in Angelegenheiten der Personenrechte der Ehegatten (insoweit nicht ausdrücklich eine Ausnahme festgesetzt ist, was aber für den vorliegenden Fall nach dem Wortlaute und Sinne der §§. 92 und 93 des a. b. G. B. und den Bestimmungen des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, nicht eintritt) der Civilrichter nur auf Ansuchen des Theiles, welcher sich in seinen Rechten für gekränkt erachtet, und soweit dieses Ansuchen reicht, vorzugehen hat und dabei nur solche Zwangsmittel begehrt werden können, welche im Bereiche der Amtswirksamkeit des Civilrichters liegen.

Nr. 2870.

Nichtberechtigung der Notariatskammer zum Recurse gegen in einer speciellen Angelegenheit ergangene richterliche Entscheidungen.

Entsch. v. 9. October 1867, Nr. 8889 (Best. der Decr. des L. G. Wien v. 23. Juli 1867, Nr. 37966, und des O. L. G. Wien v. 21. August 1867, Nr. 14972). G. Z. 1868, Nr. 8. G. H. 1867, S. 427.

Mit der Errichtung der Inventur über das ansehnliche Vermögen des A wurde vom Erbschaftsgerichte in Wien ausnahmsweise ein Gerichtsbeamter, anstatt des Notars der Vorstadt Josefstadt, betraut, der als Gerichtscommissär zu fungiren hatte. Dagegen erhob der Notar Einsprache, die vom Gerichte nicht berücksichtigt wurde, und deshalb fand sich die Notariatskammer veranlaßt, dagegen eine Vorstellung, eventuell den Recurs anzubringen, welcher vom O. L. G. zurückgewiesen wurde, weil die Verordnung vom 7. Mai 1860, R. G. Bl. Nr. 120, im §. 1 nur vorschreibt, was für die Besorgung der daselbst bezeichneten Geschäfte als Regel zu gelten habe, in einzelnen Fällen jedoch, aus Gründen der Zweckmäßigkeit und namentlich da, wo es sich um einheitliche Besorgung eines größeren Operates handelt, allerdings eine Ausnahme von dieser Regel stattfinden kann, und die Beurtheilung der Zweckmäßigkeit dem Gerichte, welches die Abgeordneten zu bestellen hat, überlassen werden muß.

Den dagegen ergriffenen Revisionsrecurs hat der oberste Gerichtshof als unberechtigt zurückgewiesen, und zwar in Erwägung, daß es sich um die Beschwerde eines Notars gegen eine richterliche Verfügung in einem speciellen Falle handelt, in welchem die Notariatskammer für den Notar im Recurswege einzuschreiten nicht berechtigt war, und daß, wenn die Notariatskammer vermeinte, eine Erläuterung

des §. 1 der Min.-Vdg. vom 7. Mai 1860, R. G. Bl. Nr. 120, im authentischen Wege zu erwirken, ihr obgelegen wäre, ihr Einschreiten an das Justizministerium zu richten.

Nr. 2871.

Verzugs- oder Vertragszinsen? Anerkennungsvertrag. — Benutzung einer erst im Laufe des Processes ausgestellten Urkunde zur Begründung des schon früher erhobenen Anspruches.

Entsch. v. 10. October 1867, Nr. 6811 (Best. des Urth. des H. G. Wien v. 8. Februar 1867, Nr. 6873, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 22. Juni 1867, Nr. 6131). G. Z. 1867, Nr. 102.

A hatte im März 1866 den Sensenwerksbesitzer B auf Zahlung rückständigen Liedlohnes sammt 6-percentigen Verzugszinsen vom 6. Februar 1866 an belangt. Im Laufe des Processes brachte er eine am 28. Juni 1866 ausgestellte Erklärung des B bei, worin seine Forderung als bis 1. Jänner 1866 aufgelaufen anerkannt und deren 5-percentige Verzinsung zugesagt wird. In der Hauptsache ward die Forderung dem Kläger zuerkannt; die erste Instanz sprach ihm außerdem 5 Percent Interessen vom 6. Februar an zu, indem sie sich einerseits an die producirte Urkunde, andererseits an den im Klagbegehren bezeichneten dies a quo hielt. Die zweite Instanz erkannte nur auf 4 Percent Verzinsung vom Klagtage (28. März). Sie bemerkt darüber: „Die beigebrachte Erklärung kann nur als ein Schuldgeständniß, keineswegs aber als eine Urkunde berücksichtigt werden, durch welche der Kläger neue Vertragsrechte erworben hat, indem die Klage auf den ursprünglichen Lohnvertrag gegründet ist, und eine Aenderung des Klagrechtes nach §. 49 a. G. O. unzulässig wäre. Der Geklagte wurde daher zwar mit Recht zur Zahlung des eingestandenen Schuldrestes verurtheilt, aber von diesem Schuldreste konnten die Verzugszinsen nur vom Klagtage und nach §. 995 a. b. G. B. nur mit 4 Percent berechnet werden, weil die Klage nicht auf die Urkunde gegründet war und der Kläger seinen Rechtstitel nicht verändern durfte."

Der oberste Gerichtshof bestätigte dagegen die Entscheidung der ersten Instanz. „Denn in der Urkunde hat der Geklagte einbekannt, dem Kläger den Betrag von 975 fl. 28 kr. an rückständigem Lohn bis 1. Jänner 1866 aufrecht schuldig zu sein, und versprochen, denselben mit 5 Percent zu verzinsen. Wenn nun gleich der Kläger den in der Klage gestellten Zinsenanspruch nicht auf das erst später in der Erklärung vom 28. Juni 1866 gemachte Zinsenversprechen stützen konnte, und folglich der in der Klage gestellte Zinsanspruch nur als

auf das Gesetz gegründet betrachtet werden kann, so muß doch die vom Geklagten erst während des Processes ausgestellte Schulderklärung ihre rechtliche Wirkung haben und daher auch in Ansehung der zugesicherten 5 Percent Zinsen zur Geltung kommen, und kann darin keine Aenderung des Klagrechtes erkannt werden, wenn der Kläger erst durch eine im Laufe des Processes ausgestellte Urkunde nachweist, daß der Geklagte auch seine Verpflichtung zur Verzinsung des rückständigen Lohnbetrages anerkannt und die Höhe derselben mit 5 Percent zugesichert hat. Hienach rechtfertigt sich die Zuerkennung der Zinsen vom 6. Februar 1866, weil der Geklagte seine Verpflichtung hiezu schon vom 1. Jänner 1866 an erkannt hat.

Nr. 2872.

Abgrenzung des Proceßverfahrens vom officiosen.

Entsch. v. 10. October 1867, Nr. 8069 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Marburg v. 17. April 1867, Nr. 4538, und des O. L. G. Graz v. 29. Mai 1867, Nr. 5648). G. H. 1868, S. 146.

In erster Instanz war die grundbücherliche Löschung einer Satzforderung in Folge der vorgelegten den Löschungsconsens enthaltenden Quittung des ursprünglichen Gläubigers A bewilligt und vollzogen worden, trotz der bereits intabulirten Cession der Forderung an die minderjährige B. Der Verstoß wurde entdeckt und vom Gerichte dem Vormunde der Cessionarin mitgetheilt, der nun gegen die erstgerichtliche Löschungsbewilligung und Vollziehung den Recurs ergriff, allein vom O. L. G. damit abgewiesen wurde, weil es sich um die Giltigkeit der Einverleibung der Extabulationsquittung des A handelt, worüber, da hiebei auch die Rechte der späteren Satzgläubiger bei der verpfändeten Liegenschaft in Frage stehen, nur im ordentlichen Proceßwege entschieden werden kann.

In Erwägung, daß der die Löschung bewilligende Bescheid nach dem schon damals ersichtlichen Tabularstande offenbar unrichtig war; daß derselbe wegen der unterbliebenen Zustellung an den Vormund der B niemals in Rechtskraft treten konnte, der Vormund aber, nachdem er amtlich davon in Kenntniß gesetzt worden, mit Rücksicht auf den Zeitpunkt dieser Verständigung rechtzeitig gegen die Löschungsbewilligung den Appellationsrecurs angebracht und darin um die Vernichtung der Löschung und Herstellung des früheren Tabularstandes gebeten hat; daß den Gerichten von Amtswegen die Sorge für die Richtigkeit der öffentlichen Bücher obliegt, hat der oberste Gerichtshof auf den Revisionsrecurs des B'schen Vormundes die Löschungsbewilligung cassirt und die Wiedereintragung der gelöschten Satzforderung bewilligt.

Nr. 2873.

Amtliche Meistgebotsvertheilung bei der Mobiliarexecution.

Entsch. v. 10. October 1867, Nr. 8541 und 8542 (Best. der die Decr. des L. G. Wien vom 18. Juni 1867, Nr. 33401, und vom 28. Juni 1867, Nr. 34752, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 23. Juli 1867, Nr. 13247 und 13248). G. Z. 1868, Nr. 10. G. H. 1868, S. 206.

Die A erwirkte im Februar 1867 wider C bei dem L. G. in Wien die executive Pfändung, sohin auch die Schätzung und Feilbietung seines beweglichen Vermögens, worauf sie, als einzige Pfandgläubigerin, am 22. Juni 1867 um Erfolglassung des erzielten und deponirten Erlöses bat. Allein sieben Tage vorher hatte die B ein Gesuch eingebracht, worin sie um Tagsatzungsanordnung zur Vertheilung desselben Meistgebotes und um das Erkenntniß bat, daß derselbe ihr gebühre, weil sie wider C beim Handelsgerichte wegen einer Wechselforderung bereits im Jänner 1863 dieselben Effecten in Pfändung gezogen habe. Das Gericht erster Instanz bewilligte die Erfolglassung an A, jedoch in Hinblick auf die über das Gesuch der B nach §. 16 a. G. O. angeordnete Tagfahrt erst nach Rechtskraft der Erfolglassungsbewilligung. Gegen beide Verordnungen beschwerde sich B, und zwar, was die Tagsatzung nach §. 16 betrifft, weil bei Vertheilung des Feilbietungserlöses auch für bewegliche Sachen von Amtswegen und nicht nach §. 16 a. G. O. vorzugehen sei; bezüglich der Erfolglassungsbewilligung aber, weil sie damals dem Gerichte schon als Pfandgläubigerin bekannt war, daher vor ordnungsmäßiger Vertheilung des Erlöses derselbe nicht zu erfolgen war. Das O. L. G. hat auf den ersten Recurs eine Verhandlung über die Pfandrechtspriorität und hienach zu pflegende Vertheilung des Meistgebotes verordnet, da kein gesetzlicher Grund vorhanden ist, die Kaufschillingsvertheilung im Falle einer Mobiliarexecution nach anderen Grundsätzen vorzunehmen, als dies für den Fall einer Realitätenfeilbietung vorgeschrieben ist, vielmehr die Frage, welchem von mehreren Pfandgläubigern die Priorität gebühre und wie der Kaufschilling zu vertheilen sei, stets nur im amtlichen Wege zu verhandeln und zu entscheiden ist. Auch dem zweiten Recurse wurde dahin stattgegeben, daß über das Erfolglassungsgesuch der A zugleich mit jenem der B zu verhandeln und zu entscheiden sei, aus den beim ersten Recurse angegebenen Gründen. Nun ergriff A gegen beide Erlässe den Recurs an den obersten Gerichtshof: Die Verfügung einer amtlichen Vertheilung des Erlöses sei bei Mobilien in keinem Gesetze begründet und höchstens dort zulässig, wo die Executionen bei einer und derselben Behörde — nicht wie hier bei dem L. G. und bei dem H. G. — dann auf dieselben Effecten geführt worden, was hier nicht der Fall sei. Die von ihr vorgenommene Pfändung erscheine als die einzige; das L. G. könne weder über die Identität der

mit einem Zwischenraume mehrerer Jahre von B und von ihr bei verschiedenen Behörden gepfändeten Gegenstände und ebensowenig über den Rechts- und Fortbestand der Forderung der B entscheiden. Endlich gäbe bei Immobilien das Grundbuch Anhaltspunkte für Priorität und Identität, die hier fehlen.

Der oberste Gerichtshof hat die beiden obergerichtlichen Entscheidungen mit Berufung auf die dafür geltend gemachten Gründe bestätigt.

Nr. 2874.

Aufforderung wegen eines Baues oder wegen Berühmung? Unzulässigkeit der Entscheidung hierüber ex primo decreto.

Entsch. v. 10. October 1867, Nr. 8779 (Best. des Decr. des B. G. St. Johann v. 27. Juli 1867, Nr. 1629, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 27. August 1867, Nr. 15476). G. H. 1868, S. 7 und S. 420.

Bei der Commission, welche nach §. 72 westg. G. O. in der Bauangelegenheit des A abgehalten wurde, erhob die Gemeinde B Einsprache gegen den von A beabsichtigten Zubau, indem sie das Eigenthum an der Bauarea geltend machte. Hierauf überreichte A nach §. 73 westg. G. O. die Aufforderungsklage gegen B, welche in erster Instanz aufrecht verbeschieden, vom O. L. G. aber a limine zurückgewiesen wurde, weil dieselbe zwar auf den §. 73 westg. G. O. gegründet und als „Bauaufforderungsklage“ angebracht wurde, allein der Sache nach auf den §§. 61 und 64 ebendort (Provocation ex lege diffamari) beruhe, da die aufgeforderte Gemeinde das Eigenthum an dem von A angekauften Baugrund in Anspruch nimmt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid in Erwägung, daß die Klage als Bauaufforderungsklage mit dem der Vorschrift des §. 73 westg. G. O. entsprechenden Petit angebracht worden ist und bei deren Erledigung nicht schon von Amtswegen über die Zulässigkeit der Aufforderung abgesprochen werden durfte.

Nr. 2875.

Execution zur Sicherstellung von Aerarialforderungen.

Entsch. v. 10. October 1867, Nr. 8993 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 6. August 1867, Nr. 15974, und des O. L. G. Wien v. 20. August 1867, Nr. 15045). G. Z. 1867, Nr. 92.

Ein Gesuch der Finanzprocuratur um Pfändung der Caution eines Mauthpächters zur Sicherstellung von ausstehenden Zinsen für die

Miethe des ärarischen Wegmauthgebäudes wurde von den unteren Instanzen zurückgewiesen mit der Begründung, „daß sich dieses Executionsgesuch auf eine Miethzinsforderung gründe, welche zum gerichtlichen Verfahren sich eignet“; daß daher dem gestellten Begehren gemäß Hofdecret v. 18. September 1786, J. G. S. Nr. 577 und Hofdecret v. 24. October 1806, J. G. S. Nr. 789, nicht stattgegeben werden könne.

Dagegen bewilligte der oberste Gerichtshof auf Grund der vorgelegten Note der Finanzbezirksdirection zur einstweiligen Sicherstellung des aushaftenden Miethzinses die Pfändung der Mauthpachtcaution des B „in der Erwägung, daß nach dem klaren Wortlaute des Hofdecretes v. 18. September 1786, J. G. S. Nr. 577, dem Fiscalamte auf die bloße Vorlegung der von Seite der betreffenden Administrativbehörde ergangenen Verordnung die Sicherstellung des Aerars durch die gesetzlichen Sicherstellungsmittel, worunter auch die sicherstellungsweise Pfändung gehört, bewilligt werden kann, und daß in dem Hofdecrete v. 24. October 1806, J. G. S. Nr. 789, nur hinsichtlich der Nothwendigkeit der Justificirung zwischen zum gerichtlichen Verfahren geeigneten und nicht geeigneten Forderungen unterschieden wird.“

Nr. 2876.

Zeitpunkt für die Berechnung des Interesse im Falle späterer Unmöglichkeit der im Urtheil auferlegten Leistung.

Entsch. v. 11. October 1867, Nr. 7547 (Best. des das Urth. des B. G. Tetschen v. 30. April 1867, Nr. 1538, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 18. Juni 1867, Nr. 16549). G. Z. 1868, Nr. 3. G. H. 1868, S. 31.

Im Jahre 1866 begehrten A und B die gerichtliche Vollstreckung des am 18. Juni 1865 in Rechtskraft getretenen Urtheils, vermöge dessen C als Verkäufer ihnen 6 Ochsen, den Centner des lebendig gewogenen Ochsen mit 14 fl. 25 kr. berechnet, zu liefern hatte, und da am 18. Juli 1865 — dem zur zwangsweisen Abnahme der Ochsen bestimmten Tage — Thiere dieser Gattung bei C nicht gefunden wurden, so belangten ihn die Käufer A und B auf Zurückgabe des Angeldes per 18 fl. und auf Schadenersatz, resp. auf Zahlung weiterer 132 fl., indem sie das Durchschnittsgewicht eines Ochsen mit 11 Centner und die Differenz zwischen dem urtheilsmäßigen Fleischwerth des Centners (14 fl. 25 kr.) und dem höheren, zu der für die zwangsweise Abnahme bestimmten Zeit mit 2 fl. berechneten. Nach der Anführung des Beklagten aber, worüber er den Klägern den Haupteid auftrug, hätte er sie schon am 18. Juli 1865 brieflich verständigt, daß er zur sofortigen Uebergabe der Ochsen bereit sei und dieselbe am 20. Juli vollziehen werde. Da nun dieser An-

trag von Seite der Kläger unberücksichtigt blieb, einer von ihnen, wie C behauptet, sogar ihm positiv erklärte, daß er die Ochsen nicht übernehmen wolle, so begehrte C, von der Klage freigesprochen zu werden. Ueber die Berechnung der Kläger wurde ein Sachbefund aufgenommen, welcher als das Durchschnittsgewicht eines Ochsen $11^1/_2$ Ctr., als Differenz des Fleischwerthes 75 kr. per Ctr., mithin einen Betrag von 51 fl. 75 kr. ergab, und zur Zahlung dieser Summe anstatt der geforderten 132 fl., sowie zur Zurückstellung des Angeldes wurde C in erster Instanz verurtheilt. — Das O. L. G. war der Ansicht, daß die von den Klägern begehrte Summe von 132 fl. lediglich ein lucrum cessans derselben darstelle, auf dessen Ersatz sie keinen Anspruch haben, daß sie nur den Ersatz des damnum emergens fordern konnten, dabei aber nachzuweisen gehabt hätten, worin dasselbe bestehe und wie hoch es sich belaufe, und ohne solchen Nachweis nicht mehr als die Zahlung des doppelten Betrages der gegebenen arrha für den Fall verlangen können, als das Unterbleiben der Vertragserfüllung nicht von ihnen selbst verschuldet wurde. Demzufolge erkannte das Obergericht, unter Bestätigung der erstgerichtlichen Verurtheilung des C zur Rückstellung des einfachen Angeldes per 18 fl. auf den obigen negativen Haupteid der Kläger, condemnirte den Beklagten für den Fall der Ableistung des Eides auf weitere 18 fl. und entband ihn unbedingt von jeder anderen Zahlungspflicht.

Dieses Urtheil wurde mit Verwerfung der Revisionsbeschwerde der Kläger vom obersten Gerichtshofe, jedoch aus den nachstehenden Gründen bestätigt: Die Kläger begehren als Entschädigung den Betrag, welcher sich aus der Vergleichung des Kaufpreises mit dem Werthe am Tage der erfolglos versuchten Execution als Differenz ergibt. Dieser Tag ist aber nicht entscheidend, weil dessen Wahl für die Execution ein Zufall ist, welchen Derjenige tragen muß. in dessen Vermögen er sich ereignet hat (§. 1311 a. b. G. B.). Die Kläger haben nur das Recht (§. 919), den Ersatz des Schadens zu fordern, welcher ihnen dadurch zugefügt wurde, daß der Beklagte seiner Vertragspflicht zur gesetz- oder vertragsmäßig bestimmten Zeit nicht nachkam, weshalb der Ersatz nur nach jenen Verhältnissen beurtheilt werden kann, welche zu der erwähnten Zeit bestanden haben. Dies ergibt sich ganz unzweifelhaft aus §. 1323, wonach, um den Ersatz des verursachten Schadens zu leisten, Alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder, wenn dies nicht thunlich, der Schätzungswerth vergütet werden muß. Nach ihrer eigenen Angabe kauften die Kläger am 13. August 1854 die Ochsen zum Preise von 14 fl. 25 kr. per Centner; die Lieferungsfrist wurde im Processe nicht bezeichnet, muß aber jedenfalls zur Zeit der Klage, worüber der frühere Proceß geführt wurde, schon verstrichen gewesen sein, da sonst die Kläger damals kein Klagrecht gehabt hätten. Wenn nun beispielsweise der 27. August 1864 der bestimmte Lieferungstag gewesen wäre, so würde nach §. 1323

als Entschädigung der Schätzungswerth der Ochsen von diesem Tage nach Abzug des bedungenen Kaufpreises derselben zu zahlen sein. Selbst wenn aber davon abgesehen würde, daß das voraufgegangene Urtheil nur den Bestand der Vertragspflicht ausspricht und die gerichtliche Hilfe zur Durchsetzung derselben veranlaßt, und wenn die darin dem Beklagten gesetzte Frist als der eigentliche Zeitpunkt der geschuldeten Leistung angenommen würde, so wäre immer noch der vierzehnte Tag a dato der Zustellung des Urtheils der Tag, nach welchem die Entschädigungspflicht beurtheilt werden müßte. Welche Differenz aber zwischen dem Kaufpreis der Thiere und ihrem Werth zur vertrags- und zur urtheilsmäßigen Zeit der Lieferung bestanden habe, wurde von den Klägern nicht nachgewiesen, noch das Bestehen eines solchen Unterschiedes auch nur behauptet. Auf die Preisdifferenz, die zur Zeit der versuchten Execution — beinahe 11 Monate nach dem letzterwähnten Zeitpunkt — bestand, haben sie deshalb kein Recht, weil sie selbst durch die von ihnen veranlaßte Verzögerung der Execution diese Differenz oder mindestens die Erhöhung derselben herbeigeführt haben, ihre eigene Handlung aber dem Gegner nicht zum Nachtheil gereichen darf, umsoweniger als, wie schon gesagt, die Festsetzung des Tages zur Execution als ein Zufall anzusehen ist. Demnach mußte das dem Beklagten günstigere Urtheil der zweiten Instanz bestätigt werden.

Nr. 2877.

Beweislast bei der actio negatoria.

Entsch. v. 11. October 1867, Nr. 7879 (Best. des das Urth. des B. G. Frankenmarkt v. 31. Dec. 1866, Nr. 4335, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 29. Mai 1867, Nr. 8057). G. Z. 1868, Nr. 21.

Es wurde wegen Anmaßung des Fahrrechtes Klage geführt und von dem Grundeigenthümer die Bitte gestellt, dem Geklagten die weitere Ausübung des Fahrens bei Pönfall zu untersagen. Kläger berief sich darauf, daß grundbücherlich keine Servitut ausgezeichnet sei, wogegen sich Geklagter darauf stützte, daß er laut eines vorausgegangenen im Besitzstörungsstreite ergangenen Erkenntnisses im factischen Besitz der Servitut sei, und daß er dieselbe durch Vertrag und Ersitzung erworben habe. In letzterer Beziehung wurde der Zeugenbeweis angeboten. Das Gericht erster Instanz wies den Kläger ab. Hingegen erkannte das O. L. G. auf den Zeugenbeweis über Vertrag und Ersitzung.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: Da selbst bei der Eigenthumsklage der Kläger nur sein Eigenthum und nicht auch den Nichtbestand eines Besitzrechtes des Inhabers zu beweisen braucht, können auch bei der nega-

torischen Servitutsklage die §§. 323 und 324 a. b. G. B. nicht dahin verstanden werden, daß der Kläger etwas Mehreres als eine sein Eigenthumsrecht beschränkende Servitutsausübung zu beweisen habe, wonach sich diese Ausübung von selbst als eine Anmaßung darstellt, sobald der Geklagte die rechtliche Erwerbung nicht zu erweisen vermag. Der Geklagte kann sich also in dem vorliegenden Falle gegen die Zulassung des von ihm selbst angebotenen Zeugenbeweises über die Erwerbung der ihm vom Kläger streitig gemachten Servitut umsoweniger mit Grund beschweren, als er ja selbst nicht bestreiten kann, daß die Parcellen, an welchen ihm die Servitut zustehen soll, dem Kläger gehören, und als er selbst nicht behauptet, daß sein angebliches Fahrrecht irgendwo in einem Grundbuche ausgezeichnet sei.

Nr. 2878.

Summarisches Verfahren. Zurückschiebung des Eides über die Echtheit einer Urkunde.

Entsch. v. 11. October 1867, Nr. 8860 (Best. der Urth. des K. G. Stanislau v. 30. Jänner 1867, Nr. 922 und des O. L. G. Lemberg v. 11. Juli 1867, Nr. 20883). G. Z. 1868, Nr. 61. G. H. 1867, S. 434.

A erwirkte gegen die ruhende Verlassenschaft des verstorbenen Wechselacceptanten B den Zahlungsauftrag und, da der ad actum bestellte Curator in den Einwendungen die Echtheit des Acceptes in Abrede stellte, trug ihm der Kläger replicando den Haupteid darüber auf, welchen der Curator in die Duplik zurückschob. Beide Untergerichte erkannten auf den zurückgeschobenen Eid des Klägers, wogegen derselbe die a. o. Revisionsbeschwerde ergriff.

Der oberste Gerichshof verwarf die Beschwerde. Gründe: Die Behauptung des Klägers, daß der Eid vom Curator ohne weiteres abzulegen und nicht zurückschiebbar sei, ist schon durch den Schlußsatz des §. 37 des Gesetzes über den summarischen Civilproceß und die darin enthaltene Bezugnahme auf den §. 36 widerlegt. Da nun hier Umstände vorliegen, woraus geschlossen werden darf, daß der Kläger in der Lage war, von der Echtheit des Wechsels sich Ueberzeugung zu verschaffen, weil er mit dem Aussteller und Indossanten an Einem Orte sich befindet, und dies auch in seinem Interesse lag, so kann in den Entscheidungen der Untergerichte, die ihm die Leistung des Eides auflegen, eine Gesetzwidrigkeit nicht gefunden werden, und zwar umso minder, als er gegen die in der Duplik erfolgte Zurückschiebung des Eides nichts eingewendet hatte.

Nr. 2879.

Irreferibler Haupteid.

Entsch. v. 15. October 1867, Nr. 8067 (Best. des Urth. des B. G. Knittelfeld v. 26. Juni 1866, Nr. 259, Abänd. des Urth. des O. L. G. Graz v. 27. März 1867, Nr. 2314). G. Z. 1867, Nr. 100.

A gründete eine Klage gegen die Erben des B auf die Behauptung, er habe dem B zwei Ballen Waare geliefert. Die Beklagten gaben nur die Lieferung eines Ballens zu, da B den Empfang des zweiten immer in Abrede gestellt habe. A trug nun den Beklagten den irreferiblen Haupteid auf, indem er sich darauf berief, daß sein Handlungsreisender das Geschäft abschloß und er selbst bei der Ablieferung nicht zugegen gewesen sei. — Die erste Instanz wies den Kläger ab, weil sein Zeugenbeweis nicht zu seinen Gunsten ausgefallen, der unrückschiebbare Haupteid aber unzulässig sei, indem kein Umstand erwiesen sei, woraus entnommen werden könnte, daß den Geklagten über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der fraglichen Thatsache aus Eigenem etwas bekannt sei, der fragliche Ballen selbst nicht im Buchauszuge des Klägers angeführt erscheint, die eine Erbin angibt, daß B selbst den Empfang dieses Ballens stets in Abrede gestellt habe, und den Geklagten durch die Beschwörung der Nichtablieferung desselben ein Gewissenszwang auferlegt werden würde. — Die zweite Instanz erkannte auf diesen Haupteid, weil Umstände vorliegen, welche dem Kläger die Möglichkeit der referiblen Auftragung des Haupteides abschneiden und seine Behauptung wahrscheinlich machen, wenn man erwägt, daß der Kläger selbst den Ballen dem B nicht übergeben hat; daß dessen Uebergabe an B durch die Zeugenaussagen in hohem Grade wahrscheinlich wird; daß die Geklagten in der Verhandlung gar nicht geltend machten, nicht in der Lage gewesen zu sein, von dem zu beschwörenden Factum eine Kenntniß zu erhalten, ja vielmehr durch den Widerspruch dieses Factums und durch die Behauptung, daß der Erblasser den Empfang des Ballens stets in Abrede stellte, zu erkennen gaben, daß sie durch die Unterredung mit dem Erblasser Kenntniß von dem fraglichen Gegenstand erhalten haben; daß endlich die Geklagten, als Erben des B, denselben repräsentiren und in eigenem Namen Proceß führen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil. Gründe: Nach Hofdecr. v. 26. April 1842, J. G. S. Nr. 610, muß, um auf einen unrückschiebbaren Haupteid erkennen zu können, Derjenige, welcher den Haupteid aufträgt, darthun, daß er diesen Haupteid abzulegen außer Stande sei. Sohin hat der Richter zu beurtheilen, ob es nachgewiesen oder wahrscheinlich sei, daß der Delat Kenntniß von der Thatsache habe, welcher Nachweis um so unerläßlicher ist, wenn der Haupteid Erben über Handlungen des Erblassers aufgetragen werden soll, indem schon an und für sich die Wahrscheinlichkeit, daß

sie Kenntniß von diesen Handlungen haben, geringer ist, als wenn Jemand über von ihm selbst vorgenommene Handlungen der Eid aufgetragen wird. Mangelt jene Wahrscheinlichkeit, und ergibt sich vielmehr das Gegentheil, so kann Jenem, dem der Eid aufgetragen wird, das Recht, selben zurückzuschieben, nicht dadurch entzogen werden, daß ihm der Haupteid, wenn auch mit dem Beisatze seines Wissens und Erinnerns, unrückschiebbar auferlegt wird; denn er ist dann in gleicher Lage mit Demjenigen, der den Eid aufträgt, und es ist kein Grund vorhanden, diesen vor seinem Gegner zu begünstigen, da ja Demjenigen, der eine Thatsache behaupten will, es auch obliegt, sich rechtzeitig mit den erforderlichen Beweismitteln zu versehen. Im vorliegenden Falle nun muß der Kläger jedenfalls in der Lage sein, die angegebene Waarenlieferung zu beschwören, daher schon deshalb ein unrückschiebbarer Eid nicht gerechtfertigt wäre. Wenn er nun auch bei Uebergabe des Ballens an B nicht gegenwärtig war und sie nicht beschwören kann, so wäre es ihm doch leicht gewesen, sich einen Beweis über den Empfang desselben zu verschaffen, da B erst länger als ein Jahr nach dieser behaupteten Uebergabe gestorben ist. Es wurde ferner nicht nachgewiesen, daß die Geklagten Kenntniß sowohl von der Uebergabe der Waare als auch von dem Abschlusse des Kaufgeschäftes haben, oder daß dieses auch nur wahrscheindlich sei. Vielmehr erklärte Juliana B, daß ihr Gatte immer behauptete, den streitigen Ballen nicht erhalten zu haben. Die anderen zwei Mitgeklagten befanden sich aber nicht in solchen Beziehungen zu B, die es ihnen auch nur möglich gemacht hätten, Kenntniß von den Geschäften desselben sich zu verschaffen, doch wird auch ihnen die Ablegung des Eides mit dem auferlegt, daß, wenn sie den Eid nicht ablegen, das Gegentheil dessen, was sie zu beschören hätten, für wahr gehalten werden würde. Es erscheint daher unzulässig, den Geklagten den unrückschiebbaren Haupteid aufzutragen, und da Kläger keinen anderen gesetzlichen vollständigen Beweis beigebracht hat, so ist das erstrichterliche Urtheil auf Abweisung seines Begehrens begründet.

Nr. 2880.

Unzulässigkeit der Ablegung des von einem seither verstorbenen Streitgenossen angebotenen Erfüllungseides durch einen Anderen.

Entsch. v. 15. October 1867, Nr. 8139 (Best. des das Urth. der Prätur Imoschi v. 29. Mai 1866, Nr. 1152, abänd. Urth. des O. L. G. Zara v. 17. Jänner 1867, Nr. 121). G. H. 1868, S. 187.

In der Rechtssache des A gegen B und Genossen pto. Herausgabe von Liegenschaften hatte das Gericht erster Instanz dem Klag-

begehren unbedingt stattgegeben, wogegen das O. L. G. auf einen Erfüllungseid des Erstbeklagten B erkannte. Nun ergriffen die Mitbeklagten die a. o. Revisionsbeschwerde mit der Bitte, daß bei dem inzwischen eingetretenen Tod des B einer von ihnen („uno chiunque") zu dem Eid zugelassen werde, indem die in der Formel des Erfüllungseides enthaltenen Umstände alle Beklagte berühren und ihnen Allen bekannt seien und bei der stattgefundenen gemeinschaftlichen Vertheidigung angenommen werden müsse, daß den (ausdrücklich nur von B angetragenen) Erfüllungseid auch die übrigen Beklagten angeboten haben.

In Erwägung, daß nach der klaren Bestimmung des §. 286 westgal. G. O. der Erfüllungseid nur jenem Streittheil aufgetragen werden kann, der ihn angeboten hat; daß im vorliegenden Proceß nur der Beklagte B sich erboten hat, die in den Weisartikeln der Duplik angeführten Umstände mit seinem Erfüllungseid zu bestätigen, wurde vom obersten Gerichtshofe die Revisionsbeschwerde verworfen.

Nr. 2881.

Abweisung der Klage a limine wegen Mangels der Ermächtigung der Obervormundschaft.

Entsch. v. 15. October 1867, Nr. 8677 (Best. des Decr. des B. G. Hernals v. 11. Juli 1867, Nr. 14186, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 20. August 1867, Nr. 14984). G. Z. 1868, Nr. 51.

Der Vormund der minderjährigen A klagte im Jahre 1867 unter Vertretungsleistung der C, Mutter der A, wider den aufzustellenden Curator zur Vertheidigung der ehelichen Geburt und B, Gatten der C, auf Erkenntniß, „das von C am 30. April 1854, acht Monate nach dem Tode ihres ersten Gatten M geborne und in den Taufmatriken auf dessen Namen eingetragene Kind A sei von dem am 1. September 1853 verstorbenen M nicht gezeugt worden, es sei die gesetzliche Vermuthung der von M erfolgten Zeugung für entkräftet zu halten, dagegen sei dieses Kind von dem Geklagten B mit C, verwitweten Frau des M, außer der Ehe gezeugt und durch deren am 27. November 1854 nachgefolgte Ehe legitimirt worden; dasselbe sei in den Taufmatriken als durch die nachgefolgte Ehe legitimirtes Kind des B und der C einzutragen, und der Geklagte B schuldig, dieses Kind als sein nunmehr eheliches anzuerkennen und in die beantragte Aenderung der Taufmatriken zu willigen. Die Klage wurde in erster Instanz a limine zurückgewiesen, weil das gestellte Klagbegehren gesetzwidrig erscheine, da §. 159 a. b. G. B. den Erben die Bestreitung der ehelichen Geburt eines innerhalb des im §. 138 a. b. G. B.

bestimmten Zeitraumes geborenen Kindes nur binnen drei Monaten nach dem Tode des Mannes gestattet und nach Verstreichung dieser Frist gegen die Vermuthung der ehelichen Geburt ein Gegenbeweis nicht mehr geführt werden darf, und weil überdies der Vormund gemäß §. 233 a. b. G. B. zur Führung eines Rechtsstreites von der Wichtigkeit des vorliegenden die obervormundschaftliche Legitimation unter allen Umständen beizubringen gehabt hätte. Das O. L. G. verordnete die gerichtsordnungsmäßige Erledigung der Klage in Erwägung, daß die Frage, wem und in welcher Zeit das diesfällige Bestreitungsrecht zustehe, nicht im Vorhinein zu entscheiden ist, da der Richter nach Hofdecr. v. 6. October 1783, J. G. S. Nr. 197, im Zuge des Verfahrens nicht in das Innere der Schriften einzugehen hat und weil die mangelnde pflegschaftsbehördliche Ermächtigung zur Streitführung nachträglich beigebracht werden kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die von Seite der ersten Instanz von Amtswegen erfolgte Zurückweisung der Klage jedoch lediglich wegen des Mangels der obervormundschaftlichen Klagsermächtigung, und zwar in Erwägung, daß zwar nach lit. b des Hofdecr. vom 6. October 1783, Z. 197, und lit. t der Resolution vom 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489, nicht im Voraus in die Beurtheilung des Inneren der Klage einzugehen wäre, daß aber jedenfalls ohne vorläufige Beibringung der obervormundschaftlichen Ermächtigung zur vorliegenden Klage die Einleitung einer Streitverhandlung nicht angeordnet werden konnte und die Verweisung auf eine nachträgliche Beibringung hier nicht am Platze wäre, weil es sich bei der Klage, welche nun der Vormund im Namen der minderjährigen A anzustrengen gedenkt, außer dem damit verbundenen außerordentlichen Kostenpunkte um die Rechte der ehelichen Geburt, in deren formellen Besitze sich A befindet und die von dem Vormunde für dieselbe aufgegeben werden wollen, um Fragen des Personen- und Familienrechtes und des gebührenden Civilstandes, mithin um Angelegenheiten von so hoher Wichtigkeit handelt, daß bei deren Behandlung und Verfolgung der Vormund die Einholung der Weisungen der Vormundschaftsbehörde im Sinne des §. 233 a. b. G. B. nicht umgehen durfte.

Nr. 2882.

Unbedingte Verpflichtung des Restitutionswerbers zum Ersatze der Kosten des Restitutionsverfahrens.

Entsch. v. 15. October 1867, Nr. 8991 (Best. des das Decr. des B. G. Landstraße in Wien v. 18. Juli 1867, Nr. 3305, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 13. August 1867, Nr. 14800). G. Z. 1867, Nr. 103.

Ein wider die B auf Betreiben des A ergangenes Contumacialurtheil ward auf ihre Appellations- und Nullitätsbeschwerde unter

Anordnung neuer Verhandlung aufgehoben. Inzwischen aber hatte die B auch bei der ersten Instanz um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, beziehungsweise Rechtfertigung ihres Ausbleibens von der Verhandlung angesucht. Die über dieses Restitutionsgesuch gepflogene Verhandlung erklärte der erste Richter, ohne sich über den Ersatz der Kosten derselben auszusprechen, als durch die Aufhebung des Contumacialurtheils erledigt. A beschwerte sich nun darüber, daß die B nicht zum Kostenersatz verurtheilt worden sei. Die zweite Instanz sprach dem A diese Kosten, welche die erste Instanz zu bestimmen habe, zu, weil die B nach Patent vom 1. Juli 1790, J. G. S. Nr. 31, Abs. 1, in jedem Falle dieselben zu ersetzen habe, und hieran der Umstand, daß das Wiedereinsetzungsbegehren durch die Aufhebung des Urtheils gegenstandlos geworden ist, keine Aenderung zu bewirken vermag.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung aus den darin enthaltenen Gründen.

Nr. 2883.

Nachträgliche Abänderung der Erbserklärung.

Entsch. v. 15. October 1867, Nr. 9121 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 10. Mai 1867, Nr. 25903 und des O. L. G. Wien vom 2. Juli 1867, Nr. 11582). G. Z. 1868, Nr. 9.

Ein Erblasser hatte mehrere letztwillige Anordnungen hinterlassen, welche nicht sehr deutlich waren. Seine beiden Töchter A und B überreichten im October und November 1866 ihre Erbserklärungen auf Grund der gesetzlichen Erbfolge, und B überreichte im April 1867 „im Nachhange zu ihrer Erbserklärung aus dem Gesetze, unter Berufung auf eine letztwillige Anordnung, rücksichtlich Testament, welches bisher irrigerweise für ein Codicill angesehen wurde“, die Erbserklärung aus diesem Testamente. Das Gericht erster Instanz nahm selbe, sowie die früheren beiden Erbserklärungen an, verfügte aber wegen des Widerspruches der neuen Erbserklärung der B mit jener ihrer Schwester die Vernehmung darüber, welche von beiden als Klägerin aufzutreten habe. Dagegen beschwerte sich A, weil diese neue Erbserklärung der B ein nach §. 806 a. b. G. B. unzulässiger Widerruf ihrer früheren aus dem Gesetze, die gesetzliche Erbfolge als bei dem vorliegenden Todesfalle eingetreten schon vom Gerichte anerkannt, die berufene letztwillige Erklärung ihrem Inhalte nach kein Testament sei, und der in der neuen Erbserklärung, mindestens stillschweigend, enthaltene Widerruf der früheren ihr die aus selber schon erwachsenen Rechte nicht benehmen könne. Das O. L. G. gab diesem Recurse keine Folge, weil es sich hier weder um den Widerruf einer Erbs-

erklärung, noch um eine Abänderung einer unbedingten Erbserklärung in eine bedingte, sondern nur um eine Umänderung des Erbrechtstitels handelt, worauf die Vorschrift des §. 806 a. b. G. B. keine Anwendung findet, und weil über den Rechtsbestand und die Auslegung der der Erbserklärung zu Grunde liegenden letztwilligen Anordnung im officiösen Wege nicht abgesprochen werden kann.

Der oberste Gerichtshof hat den von A dagegen ergriffenen außerordentlichen Recurs aus den Gründen des Obergerichtes und in der Erwägung verworfen, daß durch die frühere Erbserklärung der B aus dem Gesetze die A noch keine Rechte gegen Erstere erworben hat, da auf Grund derselben keine Erbstheilung, Einantwortung oder sonstige die Verlassenschaft betreffende Verfügung erfolgt ist.

Nr. 2884.

Testamentarische Einsetzung der „Erben". Widerstreit des im Abhandlungswege festgestellten Inhaltes des mündlichen Testamentes mit dem später im Proceßwege ermittelten.

Entsch. v. 16. October 1867, Nr. 7298 (Abänd. der gleichförmigen Urth. der Prätur Spalato v. 31. Dec. 1865, Nr. 9303 und des O. L. G. Zara v. 4. April 1867, Nr. 1224). G. H. 1868, S. 193.

Nach Inhalt des vom Abhandlungsgericht im Jahre 1856 durch die Vernehmung der drei Zeugen erhobenen Nuncupativtestaments hinterließ M sein Vermögen seinen „Erben". Die nächsten Verwandten des M sind die Kinder von zwei Brüdern desselben. A, die Tochter des einen Bruders des Testators, trat gegen B und dessen fünf Geschwister, die sechs Kinder des anderen Bruders des M, klagend auf und begehrte 1. die Nichtigerklärung des Testaments, 2. die Eröffnung der gesetzlichen Erbfolge und auf Grund derselben die Zuerkennung der Nachlaßhälfte als Erbtheil. Der Beweis der Blödsinnigkeit des M zur Zeit der letztwilligen Verfügung, worauf die Klägerin das Begehren ad 1 gründete, wurde von ihr nicht erbracht. Die Beklagten, welche die Theilung der Verlassenschaft nach Köpfen in Anspruch nahmen und diesen Anspruch auch dem Testament gegenüber sicherstellen wollten, brachten vor, daß M ausdrücklich die gleiche Theilung mit den in der Testamentserhebung nicht angeführten Worten: „mein Vermögen soll unter meinen Erben vertheilt werden und jedem von ihnen ein gleicher Antheil zufallen" angeordnet habe, und erboten sich zum Beweis dieses Beisatzes durch die Testamentszeugen, welcher zugelassen wurde und zu ihren Gunsten ausfiel. Nun handelte es sich um die Frage: ob das im Abhandlungsweg erhobene Testament, oder das im Proceß, acht Jahre später, von denselben Zeugen bestätigte Testament mit dem vorerwähnten

wichtigen Zusatz der gleichen Theilung nach Köpfen Geltung haben soll. Das Erstere behauptete die Klägerin und bestand auf ihrer Forderung der Hälfte der Verlassenschaft, welche ihr — abgesehen von der wegen des Blödsinnes des Erblassers angefochtenen Giltigkeit seiner Verfügungen — nach dem im Abhandlungsweg festgestellten Testamentsinhalt auch ex testamento gebühre, wogegen die Beklagten die im Proceßwege ermittelte Erklärung des Testators und darauf hin die Theilung nach Köpfen, somit die Beschränkung der Klägerin auf $^1/_7$ der Verlassenschaft geltend machten. — Beide Untergerichte haben das ad 1 gestellte Klagbegehren abgewiesen und ad 2 erkannt, daß die Erbfolge nach dem Inhalt des im Proceßwege festgestellten Testaments eintrete, somit der Klägerin nur $^1/_7$ des Nachlasses zukomme.

In Folge der Revisionsbeschwerde der A wurde vom obersten Gerichtshofe die Giltigkeit des im Abhandlungswege erhobenen Nuncupativtestaments ausgesprochen und derselben die Hälfte der Verlassenschaft als Erbtheil zuerkannt. Gründe: Vor Allem muß in Hinblick auf den Inhalt der Erbserklärungen der Parteien, des die Klägerin zur Testamentsanfechtung auf den Rechtsweg verweisenden Bescheides des Abhandlungsgerichtes und des demgemäß gefaßten Klagbegehrens ad 1 bemerkt werden, daß nur die im Zeugenvernehmungsprotokoll vom Jahre 1856 enthaltene, nach §. 586 a. b. G. B. rechtskräftig gewordene Willenserklärung des Testators M die Grundlage und den Gegenstand des gegenwärtigen Processes bildete und bilden konnte. Die Beklagten haben bei der Aufnahme jener Zeugenaussagen, obgleich nach §. 66 des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, hiezu berechtigt, die Stellung besonderer zu besserer Aufklärung dienender Fragen an die Zeugen nicht vorgeschlagen und noch im Proceß, im Beginn ihrer Einrede, sowohl die Regelmäßigkeit des Zeugenverhörsprotokolls als auch die Beweiskraft der damals protokollirten Zeugenaussagen für den wahren Testamentsinhalt anerkannt. Erst, als sie in ihrer Vertheidigung bei dem streitigen Punkt der Erbtheilung angekommen waren, begannen sie von der Auslassung der Worte „jedem der Erben ein gleicher Antheil“ Erwähnung zu machen, ohne jedoch im ganzen Proceß auch nur anzuführen, wann, von wem und wie die Entdeckung der Auslassung jener Worte gemacht worden sei, da sie nur — in der Duplik — im Allgemeinen und in zweideutiger Weise bemerkt haben, daß die Zeugen, von dem entstandenen Streit in Kenntniß gesetzt (durch wen?), die Unvollständigkeit der Aufnahme ihres Verhörs andeuteten. Es ist ferner bemerkenswerth, daß die Angaben der Beklagten über die wahre Ursache der behaupteten Auslassung jener Worte unbestimmt und schwankend sind; in der Einrede: Auslassung in Folge eines entschuldbaren Versehens (wessen?) — in der Duplik: Man wüßte nicht, in Folge welcher Combination die Worte von den Zeugen oder von

dem Verhörsrichter übergangen wurden — in der Gegenschlußrede, Appellations- und Revisionseinrede: Ungenauigkeit und Oberflächlichkeit der Zeugenaufnahme und ungenügende Kenntniß des damit betrauten Richters. Diese Behauptung, gegenüber dem ganzen Inhalt des mit vollster Regelmäßigkeit und Genauigkeit aufgenommenen Protokolls, ist jedenfalls sehr gewagt und könnte keinesfalls durch die Aussage der Testamentszeugen allein über den Weisartikel 1 der Duplik ohne irgend eine Bestätigung von Seite der bei der Protokollsaufnahme gegenwärtig gewesenen Gerichtspersonen als rechtlich constatirt angenommen werden, umsoweniger, da die Beklagten noch in der Einrede ausdrücklich erklärt hatten, daß die Worte, welche die testamentarische Verfügung bilden, wörtlich in illirischer Sprache im Protokoll vom Jahre 1856 aufgenommen und so bezeichnend sind, daß ein Gedächtnißfehler bei den wenige Tage nach der Testamentserrichtung verhörten Zeugen nicht angenommen werden kann. Alle diese Umstände sind offenbar geeignet, die Glaubwürdigkeit der diesbezüglichen Anführungen der Beklagten, sowie der dieselben bestätigenden Aussagen der Zeugen in dem Protokoll der späteren Beweisaufnahme in bedeutendem Maß abzuschwächen. Wenn nun noch weiter erwogen wird, daß bei dem in einen wesentlichen Punkt vorhandenen Widerspruch der früheren oder späteren Zeugenaussagen den ersteren in Betreff der Beweisstärke ohne Weiteres der Vorzug eingeräumt werden muß, weil sie, abgesehen von der im Gesetz ausdrücklich ihnen zugesprochenen Beweiskraft, kurze Zeit nach der Willenserklärung des Testators abgelegt wurden und die von den Zeugen spontan, ohne Suggestivfragen, nach eigenem Wissen mit voller Freiheit gegebene umständliche und zusammenhängende Erzählung des Vorganges und Mittheilung des Wortlautes des Testaments nebst dem Zusatz, daß der Erblasser nichts Anderes gesagt habe, enthalten, wogegen die acht Jahre später abgegebenen Erklärungen der nämlichen Zeugen eine bloße Bejahung, resp. Wiederholung der im Weisartikel 1 der Duplik angeführten und ihnen zur Beantwortung vorgehaltenen Umstände sind; daß es sich nicht — wie die Beklagten behaupten — um die Erläuterung und Aufklärung undeutlicher und unbestimmter Aeußerungen des Testators, sondern um einen wesentlichen, das Maß der Erbportionen zum Nachtheil der Klägerin verändernden Testamentszusatz handelt, daher denn auch die von den Beklagten behauptete partielle Unrichtigkeit, resp. Ungiltigkeit des früher abgelegten Zeugnisses und der entsprechenden Anordnung des Testators von ihnen auf dem Wege der Klage hätte geltend gemacht werden müssen (§. 67 des Gesetzes vom 9. August 1854, Nr. 208), — so muß man zum Schluß kommen, daß bei der Entscheidung des vorliegenden Processes nur die im Protokoll vom Jahre 1856 festgestellte Anordnung des Testators ohne Berücksichtigung des im Protokoll der späteren Beweisaufnahme angeführten Testamentszusatzes als einzige Grundlage

der Erbseinantwortung, sowie der Erbstheilung zu gelten hat. Diese Anordnung nun enthält die Erbseinsetzung jener Personen, denen der Nachlaß nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre, nach welchen aber (§. 736 a. b. G. B.) die Klägerin als einziger Nachkömmling des einen Bruders des Testators zur Hälfte und die Beklagten zusammen, als Descendenten des zweiten Bruders, zur anderen Hälfte der Erbschaft berufen sind, gerade so wie der Nachlaß auch dann zu theilen wäre (§. 559 a. b. G. B.), wenn der Testator die Klägerin und die Beklagten namentlich als Erben eingesetzt hätte.

Nr. 2885.

Verbot auf die Brandschadensvergütung für ein bereits in Execution gezogenes Gut?

Entsch. v. 17. October 1867, Nr. 8245 (Best. des das Decr. des B. G. Mureck v. 31. Mai 1867, Nr. 2827, abänd. Decr. des O. L. G. Graz vom 3. Juli 1867, Nr. 7082). G. H. 1867, S. 451.

Das Verbotsgesuch des A gegen B war in folgender Weise begründet: Auf der Liegenschaft des B, deren executive Versteigerung dem A bewilligt und ausgeschrieben, allein noch nicht abgehalten worden ist, sind die gegen Feuer versicherten Wirthschaftsgebäude abgebrannt. Obgleich nun nach Hfd. v. 18. Juli 1828, J. G. S. Nr. 2354, die Brandschadensvergütungen von dem Verbot zu dem Ende befreit sind, damit sie ihrer Bestimmung zur Wiederherstellung der Gebäude nicht entzogen und insbesondere nicht die Pfandgläubiger in ihren Rechten verkürzt werden, so liegt andererseits bei B die Gefahr nahe, daß er den Vergütungsbetrag, statt zum Wiederaufbau, für sich verwenden und auch daß bei der Versteigerung der durch den Brand im Werth gesunkenen Liegenschaft ein kleineres Meistgebot erzielt werden könnte. Es würde daher bei Nichtbewilligung des Verbots auf die Brandschadensvergütungsforderung gerade eintreten, was das citirte Gesetz verhüten will. Da mithin die Voraussetzung, unter welcher die Befreiung der Versicherungsprämie vom Verbot gerechtfertigt ist, hier nicht eintrifft, so ist das Gesuch des A um Bewilligung des Verbots auf dieselbe gesetzlich zulässig. Das Gericht erster Instanz bewilligte das Verbot; das O. L. G. verweigerte dasselbe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz „mit Hinweisung auf den klaren Wortlaut des Hfd. vom 18. Juli 1828, J. G. S. Nr. 2354, welches die Belegung der Feuerassecuranzprämien mit gerichtlichem Verbot unbedingt und ausnahmslos als unzulässig erklärt“.

Nr. 2886.

Execution des Besitzstörungserkenntnisses gegenüber einer anderen Form der Besitzstörung.

Entsch. v. 17. October 1867, Nr. 9151 (Best. des Decr. des B. G. Braunau v. 15. Juli 1857, Nr. 1303, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 13. August 1867, Nr. 14666). G. H. 1868, S. 217.

Nachdem in possessorio summariissimo rechtskräftig entschieden worden war, daß der Beklagte B durch das Einschlagen von Stangen in seinem Wiesenland den Kläger A in der (dadurch behinderten) Ausübung, resp. im Besitz eines Fahrweges gestört, die Stangen zu beseitigen und bei sonstiger Strafe von 10 fl. jeder Besitzstörung durch das Einschlagen von Stangen sich zu enthalten habe, trat A gegen ihn im Executionsweg auf, indem er anführte, daß B zwar die Stangen entfernt, jedoch dafür den Fahrweg an dem auf einem Anger des Beklagten gelegenen Ende desselben abgegraben und das Fahren neuerdings fast unmöglich gemacht habe, und deshalb nach §. 309 a. G. O. das Begehren anbrachte, daß dem B aufgetragen werde, bei sonstiger Geldstrafe von 20 fl. die Fahrwegstelle wieder in den vorigen Stand zu versetzen, widrigens der Executionsführer berechtigt sein soll, dieselbe, gegen Ersatz der betreffenden Kosten durch B, selbst herzustellen. Auf dieses Gesuch wurde der gerichtliche Augenschein abgehalten, dabei von den Parteien förmlich verhandelt und sodann, ohne Aufnahme der vom Beklagten angebotenen Beweise durch Zeugen und Sachverständige, dem Begehren des A vollständig stattgegeben. Das O. L. G. hat das Gesuch des A zurückgewiesen, weil — abgesehen davon, daß das voraufgegangene Besitzstörungserkenntniß von einem Fahrweg des A durch das Wiesenland des B, das Gesuch des A hingegen von dem Fahrweg durch einen neben jenem Wiesenland gelegenen Anger des B handelt — in dem Erkenntniß die Besitzstörung als durch das Einschlagen von Stangen auf dem Fahrweg verübt und nur das Einschlagen von Stangen als Executionsfall bezeichnet, mithin die jetzt incriminirte Handlung anderer Art eine neue Besitzstörung ist, wegen welcher nicht das Executionsgesuch, sondern eine neue Besitzstörungsklage anzubringen und nach vorgängiger Verhandlung zu entscheiden war, und weil ferner hier, wo dem B durch das Erkenntniß die Entfernung der Stangen als die von ihm zu leistende Arbeit aufgetragen, von ihm aber auch schon ausgeführt worden ist, der im §. 309 a. G. O. erwähnte Fall der Execution gar nicht vorliegt.

In Erwägung, daß A durch das Erkenntniß überhaupt im Besitz des Rechtes, über das Wiesenland des B zu fahren, geschützt und dem Letzteren jede Störung dieses Besitzes untersagt wurde; daß in Folge des Geständnisses des B in der Verhandlung, daß der jetzt abgegrabene Fahrweg über seinen Anger derselbe sei, um den es sich im

Besitzstörungserkenntnisse handelte, eine neue Klage auf Anerkennung des Besitzes und Verbot der Störung nicht nöthig war, sondern A allerdings im Executionswege die richterliche Hilfe zur Beseitigung der neuen, wenngleich anders gearteten Besitzstörung anrufen durfte; daß zwar eine Executionsverordnung nur nach vorgängiger Feststellung der neuen Besitzstörung zulässig, die letztere aber durch den gerichtlichen Augenschein, für welchen es nach der Sachlage der in der kais. Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, dem richterlichen Ermessen anheimgegebenen Beiziehung von Experten nicht bedurfte, hinlänglich constatirt; daß somit die Herstellung des früheren Standes dem Beklagten, bei sonstiger Bewirkung der Herstellung auf seine Kosten, mit Recht auferlegt wurde, und nur nebstbei die Androhung einer Geldstrafe nicht zulässig war — hat der oberste Gerichtshof den erstgerichtlichen Bescheid mit Eliminirung der Androhung der Geldbuße bestätigt.

Nr. 2887.

Uebergabe eines Fideicommisses bei Lebzeiten des Besitzers an den Nachfolger; officioses Einschreiten der Fideicommißbehörde nach dem Tode des ersteren. Rückwirkung von Proceßgesetzen.

Entsch. v. 22. October 1867, Nr. 8831 (Best. des Decr. des K. G. Ragusa v. 8. Juni 1867, Nr. 1117 und des O. L. G. Zara v. 24. Juli 1867, Nr. 3090). G. H. 1868, S. 25.

Durch die gleichförmigen Verordnungen der Untergerichte wurde dem A als Nachfolger des verstorbenen M im Besitze eines Fideicommisses die Vorlage seiner Erklärung, das Fideicommiß anzutreten, sowie der Nachweise seines Successionsrechtes aufgetragen, weil, wenn auch M durch Vertrag den Besitz des Fideicommisses inter vivos dem A überlassen durfte und durch die Verfügung des Stifters berechtigt war, den Nachfolger in dem Fideicommiß zu bestimmen, nach seinem Tode doch nur das Gericht berufen ist, die Giltigkeit der Nachfolge anzuerkennen und durch die Einantwortung das Recht des Nachfolgers als gesetzlich zu bezeichnen; §. 797 a. b. G. B., §. 82 J. N., §. 26 und 226 des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208.

Der dagegen ergriffene a. o. Recurs, worin A den früher angeführten Umstand, daß ihm sein Vater M noch bei Lebzeit den Besitz des Fideicommisses überlassen hatte, neuerdings geltend machte und gegen die Anwendung der J. N. vom Jahre 1852 und des Patents vom 9. August 1854 sich nach §. 5 a. b. G. B. wegen des vor ihrer Promulgation erfolgten Todes des M verwahrte, wurde vom obersten Gerichtshofe mit Bezugnahme auf die Motive der Untergerichte

und in der ferneren Erwägung verworfen, daß die Vorschrift des §. 5 a. b. G. B. auf Gesetze, welche die Gerichtsbarkeit und das gerichtliche Verfahren normiren, keinen Einfluß hat.

Nr. 2888.

Verweisung der Ansprüche des Erbauers eines Hauses auf dem in Execution gezogenen Grunde auf abgesonderten Proceß.

Entsch. v. 22. October 1867, Nr. 9138 (Best. der Decr. des B. G. Ellbogen v. 8. Juni 1867, Nr. 3763 und des O. L. G. Prag, v. 6. August 1867, Nr. 21871). G. H. 1868, S. 45.

Im Executionsweg hatten beide Untergerichte dem B die Feilbietung der Bauernwirthschaft seines Schuldners C und der darauf erbauten Ziegelhütte bewilligt. A, der intabulirte Pächter der Liegenschaft, ergriff den a. o. Recurs gegen die Einbeziehung der Ziegelhütte in die Versteigerungsbewilligung, weil dieselbe von ihm auf der nur zur Errichtung einer Ziegelbrennerei gepachteten Realität erbaut wurde und daher sein Eigenthum sei.

Der Recurs wurde vom obersten Gerichtshof aus folgenden Gründen verworfen: Die Ziegelhütte sammt Brennerei ist auf Grundstücken erbaut, die einen integrirenden Bestandtheil des in Execution gezogenen Gutes bilden, auf welches dem A nur Pachtrechte zustehen. Welche Rechte ihm daraus zukommen, daß, wie er anführt, die Ziegelhütte und der Brennofen von ihm mit eigenen Mitteln erbaut worden sind, kann nicht auf dem Weg dieses Recurses, sondern muß auf dem ordentlichen Rechtsweg entschieden werden.

Nr. 2889.

Anfang der Frist zur Besitzstörungsklage: Zeit des Holzschlages oder der Wegführung?

Entsch. v. 22. October 1867, Nr. 9222 (Best. des das Decr. der Prätur Pergine v. 22. Mai 1867, Nr. 2172, abänd. Decr. des O. L. G. Innsbruck v. 17. Juli 1867, Nr. 2006). G. Z. 1867, Nr. 101.

In der zweiten Hälfte Novembers 1866 belangte A den B in possessorio summariissimo wegen eigenmächtigen Holzschlags in dem vom Kläger besessenen Walde und führte an, daß der Holzschlag im besagten Monat November geschehen sei. In der Streitverhandlung stellte sich jedoch heraus, daß B das Holz bereits im September 1866

geschlagen, im November aber dasselbe gesammelt und aus dem Walde weggeführt habe. Die erste Instanz hielt sich nun an das letztere Factum und verwarf die Einwendung des B, daß die Klage mit Rücksicht auf den Zeitpunkt des Holzschlages nach dem Gesetze über das possessorium summariissimum verspätet sei. Vom O. L. G. wurde dieser Einrede stattgegeben und darum die Klage abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die letztere Entscheidung, weil die Besitzstörung schon im ersten Augenblicke (primo momento) des Holzschlages erfolgt sei.

Nr. 2890.

Erbfolge in Bauerngüter.

Entsch. v. 23. October 1867, Nr. 8940 (theilweise Best. des Decr. des B. G. Kalwanja v. 29. Nov. 1865, Nr. 1982, Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau v. 24. Mai 1867, Nr. 5770). G. H. 1868, S. 365.

Der Besitzer eines Bauerngutes hinterließ den Sohn M, die Tochter N und die Witwe O. M hinterließ den Sohn P; N den Sohn A. P starb und nach ihm die Witwe O des Bauerngutsbesitzers mit Hinterlassung des Sohnes B aus der zweiten Ehe, die sie eingegangen hatte. — Vom O. L. G. wurde das Bauerngut dem B eingeantwortet. Gründe: Da M, der einzige Sohn des Gutsbesitzers, denselben überlebte, somit zur Uebernahme des Gutes nach den Vorschriften über die Bauernerbfolge berechtigt war, so überging sein Recht nach dessen Tod auf seinen Sohn P, nach dem Tode des P auf dessen Großmutter O und von dieser auf ihren Sohn B.

Der oberste Gerichtshof hat das Bauerngut dem A zugewiesen, weil, nachdem der Sohn des Bauerngutsbesitzers und auch dessen Sohn gestorben sind, das Gut gemäß der Vorschriften über die Bauernerbfolge der Tochter des Gutsbesitzers, resp. ihrem Sohne A zufiel.

Nr. 2891.

Kosten der wiederholten Ankündigung der Amortisirung einer Satzpost: Befreiung des Richters von der Ersatzpflicht aus Rücksicht auf den Gerichtsgebrauch.

Entsch. v. 23. October 1867, Nr. 9229 (Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 27. August 1867, Nr. 15481). G. Z. 1868, Nr. 18.

Auf das Gesuch um Amortisirung einer indebite haftenden Satzpost hatte das Gericht erster Instanz nach abgelaufener Edictalfrist das Amortisirungserkenntniß durch Einschaltung eines neuerlichen

Edictes in die Zeitung bekannt gemacht. Der Amortisirungswerber erachtete die Ausfertigung des zweiten Edictes für überflüssig und bat, das Gericht zur Zahlung der Insertionskosten zu verhalten. Das O. L. G verurtheilte den schuldtragenden Beamten zur Zahlung der Insertionskosten, weil eine solche Insertion im Gesetze nicht begründet sei.

Auf den Recurs desselben hat der oberste Gerichtshof in Erwägung, daß es zwar durch kein Gesetz vorgeschrieben und auch auf keine Weise nothwendig oder selbstverständlich ist, das Erkenntniß über die Amortisirung einer alten Satzpost durch ein Edict kundzumachen und dieses den Zeitungsblättern einzuschalten, daß aber bei dem Umstande, als diese Kundmachung auf einem bisher an mehreren Orten beobachteten Gerichtsgebrauche beruht, mithin dieselbe zwar im Recurswege zu beheben war, aber nicht als eine den Richter ersatzpflichtig machende Gesetzwidrigkeit angesehen werden kann, die obergerichtliche Verfällung in den Kostenersatz beseitigt.

Nr. 2892.

Besitzstörungsklage: Berechnung des tempus scientiae.

Entsch. v. 23. October 1867, Nr. 9230 (Best. des das Erkenntniß des B. G Urfahr v. 1. August 1867, Nr. 4192, abänd. Erkenntnisses des O. L. G Wien v. 10. Sept. 1867, Nr. 16789). G. Z. 1867, Nr. 100.

A belangte den B wegen Besitzstörung, welche dieser in einem dem A gehörigen Waldtheile durch Streurechen begangen habe. Der Geklagte machte geltend, daß er bereits durch fünf Jahre im Besitze des Streurechens sich befinde, Kläger es einmal untersagen wollte, und auf den Vorhalt, daß er ja, als Geklagter ihm das Bauerngut abkaufte, das Recht des Streusammelns in dem fraglichen nicht mitverkauften Waldgrunde ihm eingeräumt habe, wieder davon abgegangen sei. Kläger stellte die vom Geklagten behaupteten früheren Handlungen, sowie daß er davon Kenntniß gehabt habe, in Abrede. Die Zeugen bestätigten die mehrjährige Ausübung des Streurechens, und der Sohn des Klägers auch, daß er vor ein paar Jahren die von ihm dabei betretenen Leute des Geklagten um ihre Befugniß dazu befragt, aber mit der von ihnen ertheilten Antwort sich begnügt habe. Die ersten beiden Instanzen nahmen auch den factischen Besitz des Geklagten als von den Zeugen bestätigt an; doch gab die erste der Besitzstörungsklage in der Erwägung statt, „daß durch die Zeugenaussagen nicht dargethan ist und der Geklagte auch nicht zu erweisen sich erboten hat, daß A von der durch fünf Jahre fortgesetzten Ausübung des Streubezuges 30 Tage vor Einreichung der gegenwärtigen Klage Kenntniß hatte". Die zweite Instanz wies den Kläger ab und der

oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz in der Erwägung, „daß der §. 2 der k. Vdg. v. 27. Oct. 1849, R. G. Bl. Nr. 12, der Natur der Sache nach sich nicht dahin ausdehnen läßt, daß der Kläger Besitzhandlungen des Geklagten, die vor mehr als 30 Tagen, ja wie hier der Fall ist, vor mehreren Jahren stattfanden, aus Anlaß einer neuerlichen solchen rechtzeitig beanständeten Handlung deshalb, weil ihm angeblich diese früheren Handlungen nicht bekannt wurden, bestreiten, und so bezüglich derselben eine Besitzstörung geltend machen könne. Zudem handelt es sich hier nur um das letzte vom Geklagten vorgenommene Streurechen und seinen blos factischen Besitz, der in diesem Verfahren zu schützen ist".

Nr. 2893.

Voraussetzungen des Erwerbes der servitus ne luminibus officiatur durch Ersitzung.

Entsch. v. 24. October 1867, Nr. 8192 (Best. der Urth. des B. G. Datschitz v. 28. Oct. 1866, Nr. 3370 und des O. L. G. Brünn v. 27. März 1867 Nr. 3393). G. H. 1867, S. 245.

Die Klage, womit A gegen seinen Hausnachbar B confessorisch die negative Servitut von Licht und Luft (§. 476 a. b. G. B. Nr. 10) geltend machte, war auf die durch Zeugen bestätigte Thatsache gegründet, daß in einer Kammer seines Hauses während der ganzen mehr als 30 Jahre umfassenden Zeit seines Besitzes ein Fenster auf den Hofraum des Beklagten geöffnet war und ist, durch welches die Kammer Licht und Luft empfängt, und daß durch die vom Beklagten beabsichtigte Verbauung des Hofes der Kammer Licht und Luft benommen wird.

Das Begehren wurde in allen Instanzen abgewiesen. Gründe der dritten Instanz: Das Ausbrechen eines Fensters im eigenen Haus und in der eigenen Mauer ist eine Handlung, wozu der Eigenthümer ohneweiters berechtigt erscheint; allein sie involvirt nicht die Ausübung eines Besitzes auf fremdem Grund und Boden. Es konnte daher der Kläger A dadurch nicht in den Besitz einer Servitut an dem Nachbarhaus kommen; dies wäre nur dann geschehen, wenn der Kläger — was aber von ihm nicht einmal behauptet wurde — sich der Verbauung des Fensters von Seite des Besitzers des Nachbarhauses widersetzt und dieser dem Verbote sich gefügt hätte.

Nr. 2894.

Pignus irregulare. Deductio.

Entsch. v. 24. October 1867, Nr. 8554 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 11. Jänner 1867, Nr. 61930, und des O. L. G. Wien v. 10. Juli 1867, Nr. 8725). G. H. 1868, S. 198.

In der Klage des Verpächters A gegen die Concursmasse des Pächters B pto. Liquidhaltung des Pachtzinsausstandes wurde vom Kläger das Erloschensein der Gegenforderung auf Rückstellung des ihm von B zur Sicherstellung der Ersatzansprüche für etwaige Beschädigung der Pachtsache zugezählten verzinslichen Cautionscapitals per 300 fl. durch Compensation mit einem gleichen Betrage des Pachtzinsausstandes geltend gemacht und der Rest des letzteren angemeldet. Es handelt sich in dem Proceß um die Frage nach der Zulässigkeit der Compensation, gegen die der Vertreter der Concursmasse einwendete: 1. daß die Caution kein Darlehen, sondern ein Depositum irregulare, somit nach §. 1440 a. b. G. B. kein Gegenstand der Compensation sei; 2. daß dieselbe, wenn nicht als Depositum irregulare, doch wenigstens als eine Pfandsache anzusehen, daher ebenfalls nach dem citirten Paragraph von der Compensation ausgeschlossen sei; 3. daß in der Bestimmung der Caution: lediglich zur Sicherstellung gegen Beschädigungen, das stillschweigende Verbot der Verwendung zur Sicherstellung oder Zahlung (mittelst der Compensation) anderer Forderungen, mithin selbst eine vertragsmäßige Ausschließung der Compensation liege.

In allen drei Instanzen wurden diese Einwendungen zurückgewiesen, und zwar vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen: Nach dem Schlußsatze des §. 1440 a. b. G. B. sind nur eigenmächtig entlehnte oder in Verwahrung genommene Stücke kein Gegenstand der Compensation. Unter diese Bestimmung kann aber die in Rede stehende Caution nicht subsumirt werden. Denn laut des Pachtvertrages hat der Cavent B von A sich die 6%ige Verzinsung des ihm hingegebenen Cautionsbetrages ausbedungen und dadurch demselben den Gebrauch und die freie Verfügung damit eingeräumt, indem die dem A auferlegte Verzinsungspflicht nothwendig einen von ihm aus dem Cautionsgelde zu ziehenden Nutzen voraussetzt, der bei verbrauchbaren Sachen eben nur durch deren Verwendung erzielt werden kann (§. 301 a b. G. B.). Allerdings schließt der Pfandvertrag über bewegliche Sachen (Handpfand) einen Verwahrungsvertrag in sich, wodurch der Empfänger weder Eigenthum noch Besitz oder ein Gebrauchsrecht an der Sache erwirbt (§§. 459, 1369, 958 a. b. G. B.); allein nach der klaren Bestimmung des §. 959 a. b. G. B. hebt das Uebereinkommen, welches dem Uebernehmer einer verbrauchbaren Sache den Gebrauch derselben einräumt, die wesentlichen Qualitäten des Verwahrungsvertrages auf, und es entsteht in diesem Falle ein Darlehens-

vertrag. Demnach ist damit, daß schon bei der Hingabe der Caution die 6%ige Verzinsung bedungen wurde, schon ursprünglich ein Darlehensvertrag, nicht ein Verwahrungsvertrag zu Stande gekommen, und, da nach den §§. 459 und 1372 a. b. G. B. dem Gläubiger der Gebrauch des Hauptpfandes eingeräumt werden kann, der Bestimmung der Caution: für etwaige Beschädigung der Pachtsache zu haften, nur die Wirkung beizulegen, daß A, obgleich verpflichtet die Cautionssumme als ein ihm gegebenes Darlehen dem Caventen zurückzuzahlen, zu seiner Sicherstellung berechtigt sein soll, seine etwaige Ersatzforderung gegen den Pächter wegen Beschädigung des Pachtobjectes sich von dem zurückzuzahlenden Darlehensvertrage abzurechnen. Hiemit widerlegen sich die ad 1 und 2 vorgebrachten Einwendungen des Concursmassevertreters; die letztere umsomehr, als selbst nach dem Wortlaut des Schlußsatzes vom §. 1440 a. b. G. B. die Compensation einer in baarem Gelde bestellten Caution mit einer Schuld des Bestellers an dem Empfänger nicht als ausgeschlossen angesehen werden kann. Aber auch die dritte Einwendung findet im Gesagten ihre Widerlegung, weil, sobald die hier zur Frage stehende Caution überhaupt nur die rechtliche Natur eines Darlehens hat, die Zulässigkeit der Compensation der Pachtzinsforderung des A mit dieser seiner Darlehensschuld nicht mehr in Frage gestellt werden kann.

Nr. 2895.

Mandatsproceß: Voraussetzungen der Sequestration der dem Executionsführer bereits verpfändeten Liegenschaft.

Entsch. v. 29. October 1867, Nr. 9516 (Best. des Decr. des B. G. Grein v. 13. August 1867, Nr. 2068, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 3. Sept. 1867, Nr. 16222). G. Z. 1867, Nr. 99. G. H. 1868, S. 246.

Auf Grund eines gegen B erwirkten und von diesem angefochtenen Zahlungsbefehls wurde dem A die in erster Instanz verweigerte Execution zur Sicherstellung mittelst Pfändung und Schätzung der Mobilien und Sequestration einer dem A bereits verpfändeten Liegenschaft des Schuldners vom O. L. G. bewilligt und bemerkt, daß ungeachtet dieser Hypothek der Gläubiger zur begehrten Execution berechtigt sei, weil die Unzulänglichkeit seines Pfandes durch die gegen den Schuldner für eine andere Forderung bereits bewilligte Sequestration der nämlichen Liegenschaft nachgewiesen erscheine (§. 4 der J. M. V. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130).

Der oberste Gerichtshof, bei welchem A Recurs einlegte, konnte das in zweiter Instanz angeführte Motiv der Unzulänglichkeit der Hypothek aus dem processualischen Grund nicht gelten lassen, weil der

Behelf dafür: die Bescheinigung der von anderer Seite bereits erwirkten Sequestration des verpfändeten Grundstückes, von der Partei nicht mit dem Executionsgesuche, sondern erst im Recursverfahren vorgelegt worden war. Nun entstand aber die Frage nach dem Sinne des §. 4 der oben citirten Verordnung, ob nämlich gemäß dieser Vorschrift durch die Unzulänglichkeit des dem Gläubiger schon bestellten Pfandes nicht nur die Zulässigkeit der Pfändung sonstigen Vermögens des Schuldners, sondern auch die Zulässigkeit der Sequestration der bereits verpfändeten Sache bedingt sei? Der oberste Gerichtshof entschied sich für die letztere Interpretation und bestätigte demnach den erstgerichtlichen Bescheid auch in dem Punkte der Abweisung des angebrachten Sequestrationsgesuches.

Nr. 2896.

Einfluß des Zeitpunktes der Verständigung vom Erlag der actorischen Caution auf die Frist zur Einrede?

Entsch. v. 29. October 1867, Nr. 9640 (Best. der Decr. des L. G. Wien v. 2. August 1867, Nr. 42099 und des O. L. G. Wien v. 3. Sept. 1867, Nr. 15896). G. Z. 1867, Nr. 97.

Auf die Klage des A gegen B begehrte der Letztere, daß der Kläger zur Leistung der actorischen Caution angehalten werde, und A, hiezu beauftragt, erlegte bei Gericht 100 fl. als Caution, wovon der Beklagte am 19. Juni 1867, zu einer Zeit, wo die ihm mittelst Klagbescheid bestimmte dreißigtägige Frist zur Einrede bereits verstrichen war, verständigt wurde. Auf Grund des abgelaufenen Einredetermines begehrte nun der Kläger die Anberaumung einer Tagfahrt zur Acteninrotulirung, und der Beklagte ergriff gegen die bewilligenden Verordnungen beider Untergerichte den a. o. Revisionsrecurs, worin er anführte: Die zweite Instanz anerkenne in ihren Motiven, daß er bis zum 19. Juni, als dem Tage der gerichtlichen Verständigung, vom Cautionserlage des Klägers nicht verpflichtet war, sich in das Verfahren einzulassen, bis dahin also ein Fristgesuch für seine Einrede nicht anzubringen brauchte. An jenem Tage sei aber der ihm durch den Klagbescheid gesetzte Einredetermin längst, und zwar ohne sein Verschulden verstrichen gewesen und die G. O. bestimme nicht, daß diese Frist mit dem Tage der Verständigung vom Erlage von selbst wieder zu laufen beginne; sie mußte vielmehr von Neuem gegeben werden. Nur gesetzliche Fristen beginnen und endigen, ohne daß der Richter es ausspricht; die richterliche Frist beginne aber nur, wenn der Richter sie festgesetzt hat.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs aus folgenden Gründen: Nachdem mit Bescheid vom 3. Mai ausgesprochen worden

war, daß der Kläger binnen 14 Tagen die Caution per 100 fl., bei sonstiger Berechtigung des Beklagten zum Rückerlage der Klage zu deponiren habe, folgte von selbst und bedurfte es keines weiteren gerichtlichen Ausspruches, daß mit dem Cautionserlage die Klagsache als anhängig geworden zu betrachten und für den Beklagten die Pflicht, Rede und Antwort darauf zu geben, eingetreten war. Die Erlagsanzeige, welche der Kläger am 6. Juni bei Gericht überreichte, war sogar vom Vertreter des Beklagten mitgefertigt. Derselbe war daher, vom Erlage in Kenntniß gesetzt, in der Lage, die Erweiterung der ursprünglich bestimmten, inzwischen verstrichenen Einredefrist zu bewirken, um der Präclusion dieser Satzschrift vorzubeugen, und war hiezu aber auch verpflichtet, weil der die Verhandlung einleitende Klagbescheid niemals aufgehoben worden, sondern nur dessen Wirksamkeit bis zum Cautionserlage aufgeschoben war und dem Kläger, um seine Klage in Verhandlung zu setzen, weiter nichts oblag als die Erfüllung der ihm gesetzten Bedingung des Cautionserlages.

Nr. 2897.

Beweisthema im Paternitätsproceß.

Entsch. v. 30. October 1867, Nr. 7174 (theilweise Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Karlsbad v. 14. April 1866, Nr. 2460 und des O. L. G. Prag v. 26. Nov. 1866, Nr. 19693). G. H. 1868, S. 210.

In dem Paternitätsproceß der Mutter und des Vormundes der außerehelich geborenen A wider die Erben des angeblichen Vaters B formulirten die Kläger den nach §. 163 a. b. G. B. von ihnen der Gegenpartei aufgetragenen Haupteid in folgender Art: Es sei ihres Wissens und Erinnerns nicht wahr, daß im December 1853 die Mutter dem B fleischlichen Umgang gestattet und er ihr fleischlich beigewohnt habe. Beide Untergerichte erkannten auf den Haupteid nur über die Gestattung des Beischlafes von Seite der Mutter, — das O. L. G. mit der Motivirung, daß die „Gestattung“ des Beischlafes den vollzogenen Beischlaf in sich faßt, zumal die Klägerin selbst im Proceß ausdrücklich erklärt hat, es sei mit „den fleischlichen Umgang gestattet zu haben“ gesagt, daß B ihr beigewohnt habe.

In Folge der a. o. Revisionsbeschwerde der Beklagten wurde vom obersten Gerichtshofe der Haupteid nach der vollständigen auch den Umstand der Beiwohnung von Seite des B umfassenden Formel der Kläger, und zwar in der Erwägung aufgetragen, daß es hier nicht darauf ankommen kann, was die Klägerin unter dem Ausdrucke der Gestattung des fleischlichen Umganges sich vorstelle, sondern daß der streng gesetzliche Beweis der wirklich stattgefundenen Beiwohnung unerläßlich ist, weshalb die Untergerichte nicht berechtigt waren, aus dem von ihr selbst formulirten Eid den letzteren Umstand wegzulassen.

Nr. 2898.

Telegraphische Recursanmeldung.

Entsch. v. 30. October 1867, Nr. 8289 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Lemberg v. 9. Mai 1867, Nr. 12669). G. Z. 1868, Nr. 8. G. H. 1867, S. 457. Zeitschr. f. d. Notariat 1868, Nr. 8.

Gegen den Bescheid des Gerichtes erster Instanz, wodurch in einem Wechselrechtsproceß der Eid des A für nicht abgeschworen erklärt wurde, meldete dessen Advocat im telegraphischen Wege den Recurs an, welcher dem O. L. G. vorgelegt, jedoch von diesem zurückgewiesen wurde, da der Recurs keine gerichtsordnungsmäßig eingebrachte Eingabe sei.

Der oberste Gerichtshof hat die Entscheidung des O. L. G. aufgehoben und ihm aufgetragen, auf das Recurstelegramm in der Sache selbst zu erkennen, weil in §. 12 des J. M. E. v. 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52, zur Einbringung der Recurse in Wechselsachen ausnahmsweise sehr abgekürzte Fristen angeordnet sind; weil jeder Partei freisteht, ihre Beschwerde ohne jede nähere Ausführung auf die bloße Anmeldung des Recurses zu beschränken, und eine solche Anmeldung, welche nur einfach zu überreichen und dem Gegentheile nicht zuzustellen ist, auch mittelst eines Telegrammes geschehen kann, was zur Einhaltung der im Wechselverfahren sehr abgekürzten Fristen, zur sicheren Hintanhaltung aller bei der Postbeförderung allenfalls verbundenen Verzögerungen sich als geeignet darstellt; weil das Institut des Staatstelegraphen zur Vermittlung von Anzeigen, Mittheilungen und Eingaben der Privaten an die k. k. Behörden nirgends ausgeschlossen ist; weil das vorliegende Telegramm als eine solche Eingabe bei dem Gericht erster Instanz behandelt, ordnungsmäßig exhibirt und der weiteren instructionsmäßigen Verhandlung bei Gericht unterzogen worden ist; übrigens eine ganz gleiche, dem Inhalte, dem Begehren und dem Abgange jeder Ausführung oder Begründung nach mit dem fraglichen Telegramm vollkommen übereinstimmende schriftliche Eingabe der Partei oder selbst eine mündliche Anmeldung derselben zu einer gleich beschränkten Protokollirung ihrer bloßen Recursanmeldung nicht hätte zurückgewiesen werden können, sondern zweifellos als Grundlage einer Recurserledigung in höherer Instanz hätte angesehen werden müssen; und endlich, weil in der bloßen Abweichung von der gewöhnlichen Form einer gerichtlichen Eingabe der Verlust des materiellen Rechtes keine beruhigende Begründung findet.

Nr. 2899.

Einfluß der vom Producten nicht geltend gemachten Verwerflichkeit eines Zeugen.

Entsch. v. 30. October 1867, Nr. 8487 (Best. des Urth. des B. G. Cilli v. 30. Mai 1867, Nr. 4873, Abänd. des Urth. des O. L. G. Graz vom 6. August 1867, Nr. 7810). G. H. 1868, S. 21.

Der oberste Gerichtshof erkannte, daß auf die Verwerflichkeit der im §. 141 a. G. O. erwähnten Zeugen nicht von Amtswegen, sondern erst in Folge der Einwendung des Gegners Rücksicht zu nehmen ist und daß die Aussage solcher Zeugen, deren Verwerflichkeit nicht eingewendet wurde, den halben Beweis herzustellen vermag, welcher nach §. 212 ebendort durch den Erfüllungseid ergänzt werden kann.

Nr. 2900.

Zuständigkeit des für alle aus einem Vertragsverhältniß erwachsenden Streitigkeiten bestellten Gerichtes für Aufforderungsklagen wegen Berühmung.

Entsch. v. 30. October 1867, Nr. 8691 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 26. März 1867, Nr. 9164, und des O. L. G. Wien v. 24. Juli 1868, Nr. 13306). G. H. 1867, S. 456.

In dem Vertrag, womit A dem B zur Errichtung einer Rübenzuckerfabrik mehrere Grundstücke verkaufte, dem B die Lieferung der Rüben von seinen anderen Feldern versprach, ferners dem Käufer die freie Benutzung des Baches X und dessen beliebige Leitung einräumte und sich zur ordentlichen Herstellung und Instandhaltung des Baches in seinem Rinnsal und den Zuleitungsgräben verpflichtete, wurde der Wiener Handels- und Gewerbekammer als Schiedsgericht die endgiltige, nicht weiter anfechtbare Entscheidung in allen den Vertrag, dessen Auslegung und Erfüllung betreffenden Fällen eingeräumt (Art. 16). Als nun zur Herbstzeit B den A brieflich interpellirte, ob A für die Versorgung der Fabrik mit Wasser durch Sperrung des Teiches noch keine Verfügung getroffen habe, nachdem ihm bereits vor 13 Tagen bekannt gegeben worden, daß man am 20. September mit der Campagne beginnen wolle, — belangte A den B aus Anlaß dieses Briefes mit der Aufforderungsklage ex lege diffamari, damit derselbe seine angeblichen Wasserbezugsrechte ausführe. Der beim L. G. Wien angebrachten Klage setzte B mit Berufung auf den Art. 16 des Vertrages die exc. declinat. fori entgegen, welche von beiden Untergerichten abgewiesen wurde. Gründe der zweiten Instanz: Das im Art. 16 des Vertrages enthaltene Compromiß kann nur auf die

Streitigkeiten über die Auslegung und Erfüllung des Vertrages, nicht auch auf andere Streitigkeiten bezogen werden, am wenigsten auf den gegenwärtigen Proceß, da es schon im Begriff des Aufforderungsstreites ex lege diffamari liegt, daß das Recht, dessen sich der Gegner gerühmt haben soll, noch nicht als wirklich zu betrachten und vorerst eben nur die Thatsache der Berühmung Gegenstand der Verhandlung ist, somit das ein existentes Recht voraussetzende Compromiß mit diesem Rechtsstreit nichts zu schaffen hat, welcher vor dem ordentlichen Richter auszutragen ist.

Der oberste Gerichtshof hat der Einwendung der Gerichtsincompetenz stattgegeben und in seinen Motiven bemerkt: die Frage, ob dem Aufgeforderten nach dem citirten Vertrag, dem Aufforderer gegenüber, Wasserbezugsrechte zustehen, betrifft die Auslegung und Erfüllung jenes Vertrages und ist nach Art. 16 ausschließlich der Entscheidung des Schiedsgerichtes der Wiener Handelskammer vorbehalten, da der Art. 12 des Vertrages, worin A dem B die Felder zum Rübenbau verkaufte und sich zur Ablieferung des jährlichen Erzeugnisses seiner eigenen Rübenfelder ihm verpflichtete, besondere Bestimmungen über die beiderseitigen Wasserbezugsrechte enthält. Die Aufforderungsklage des A muß eben, als auf die Ausführung dieser Wasserrechte des B gerichtet, angesehen werden, weil nach dem Inhalt derselben und des beigelegten, die Provocation veranlassenden Briefes des Aufgeforderten es sich bei der angeblichen Berühmung gerade um das zum Betrieb der Rübenzuckerfabrik nöthige Wasser handelte, und A, wenn er den B wegen der Berühmung mit anderen Wasserbezugsrechten auffordern wollte, dies in der Aufforderungsklage hätte ausdrücken müssen. Ob aber das im Art. 12 des Vertrages stipulirte Wasserbezugsrecht sich nur auf das Gewässer des Baches X beziehe, ist eben auch Gegenstand der Auslegung des Vertrages und nur von dem vertragsmäßigen Schiedsgericht ist der Streit zu entscheiden, ob und wie weit ein Wasserbezugsrecht des Aufgeforderten bestehe. Demnach mußte gemäß §. 31 der J. N. (über den Gerichtsstand der Aufforderungsklage) der exc. decl. fori des Provocirten Folge gegeben werden.

Nr. 2901.

Anspruch auf Schmerzengeld wegen Nothzüchtigung.

Entsch. v. 30. October 1867, Nr. 9291 (Best. des das Urtheil des B. G. Baden v. 10. Dec. 1866, Nr. 9294, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 17. Juli 1867, Nr. 5874). G. H. 1868, S. 202.

Das Klagebegehren des Vormundes der minderjährigen A wider B um Zahlung von 100 fl. als Schmerzengeld für die Leiden, welche

die A in Folge der vom Beklagten an ihr verübten Nothzucht auszustehen hatte, wurde in erster Instanz abgewiesen, in zweiter Instanz zugelassen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Wenn das O. L. G. dem Klageanspruch stattgegeben hat, ungeachtet daß das Schmerzengeld nach der Ausführung der Klage für die von der A in dreimonatlicher Krankheit erlittenen Schmerzen begehrt wurde und jene Krankheit überhaupt nicht und insbesondere nicht als die Folge der geschlechtlichen Mißbrauchung des Kindes durch B dargethan ist, so kann darin gleichwohl nicht (wie der Beklagte in der Revisionsbeschwerde meint) eine Ueberschreitung des Klagebegehrens erkannt werden. Denn immer bleibt der erhobene Anspruch auf den geschlechtlichen Mißbrauch von Seite des Beklagten gestützt und hat die dem Mädchen dadurch verursachten Schmerzen zum Gegenstand, mögen sie nun seine Handlung selbst begleitet haben oder die Folge einer dadurch herbeigeführten Krankheit gewesen sein. Es ist aber weiters auch ganz gerechtfertigt, daß das O. L. G. dem Anspruch, auch abgesehen von der behaupteten Krankheit, stattgegeben hat. Denn zur Zahlung eines den Umständen angemessenen Schmerzengeldes ist nach §. 1325 a. b. G. B. Jeder verpflichtet, der einen Andern am Körper verletzt. Daß die zur Zeit der Nothzüchtigung erst acht Jahre alte A dadurch an ihrem Körper eine, wenn auch nur leichte Verletzung erlitten hat, ist durch den vom Beklagten selbst vorgelegten gerichtsärztlichen Befund festgestellt und daß der von einem Erwachsenen an einem achtjährigen Mädchen unternommene, nach dem citirten Befund mit Zurücklassung erkennbarer Spuren vollzogene Beischlaf dem mißbrauchten Kind Schmerzen verursacht haben müsse, ist eine ebenso natürliche, in der Entwicklung des menschlichen Körpers begründete Annahme, als es gewiß ist, daß in einem solchen Falle nicht der Grad des körperlichen Leidens allein, sondern auch der Schaden der schon im Kindesalter zerstörten Unbeflecktheit für die Beurtheilung des Anspruches auf Schmerzengeld als maßgebend angesehen werden muß.

Nr. 2902.

Berühmung durch Aufnahme einer Bestimmung in einem zwischen dem Aufforderer und dem Aufgeforderten geschlossenen Vergleich?

Entsch. v. 31. October 1867, Nr. 7274 (Best. des das Urth. des B. G. Podgorze v. 16. März 1866, Nr. 641, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 13. März 1867, Nr. 408). G. H. 1868, S. 108.

Der in possessorio summariissimo geführte Besitzstreit um die zwischen zwei Häusern befindliche Planke wurde durch gerichtlichen

Vergleich ausgetragen, in welchem der Kläger A sich das Eigenthumsrecht an einem Theil des jene Häuser trennenden Hofraumes vorbehielt. Diesen Vorbehalt als Berühmung qualificirend, belangte ihn der Beklagte B mit der Aufforderungsklage ex lege diffamari, über welche verhandelt und in erster Instanz erkannt wurde, daß die Aufforderung statt habe.

In Uebereinstimmung mit dem O. L. G. entschied der oberste Gerichtshof, daß die Aufforderung unstatthaft sei. Gründe: Die Vorbehaltung des Eigenthums in dem Vergleich ist nicht im Sinne des §. 61 westg. G. O. eine Berühmung des A, welche den B berechtigt, ihn zur Ausführung des vorbehaltenen Rechtes aufzufordern, weil der Vorbehalt als auf Grund des im Vergleich zwischen beiden Parteien getroffenen Uebereinkommens darin aufgenommen angesehen werden muß und überdies der Vergleich auch einen ähnlichen Rechtsvorbehalt des B enthält.

Nr. 2903.

Voraussetzungen der Berechtigung des Verpächters zur Aufhebung des Pachtvertrages.

Entsch. v. 81. October 1867, Nr. 7876 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Ung.-Hradisch v. 31. Dec. 1866, Nr. 10359, und des O. L. G. Brünn v. 12. Juni 1867, Nr. 4416). G. H. 1868, S. 181.

Der Klage des Pächters A gegen den Verpächter B pto. Erfüllung des bezüglich einer Mühle mit 16 Mahlgängen geschlossenen Pachtvertrages durch Uebergabe der Pachtobjecte in brauchbarem Stand nach vorläufiger Herrichtung der Mühle von 12 auf 16 Mahlgänge, resp. Herstellung der Betriebsfähigkeit von vier unbrauchbaren Gängen, wurde vom obersten Gerichtshof in Uebereinstimmung mit den Untergerichten aus folgenden Gründen stattgegeben: Die Verpachtung der Mühle mit 16 Mahlgängen und allem Zugehör auf drei Jahre — vom 9. November 1864 bis Ende October 1867 — ist durch die producirte Vertragsurkunde festgestellt, und es handelt sich nur um die Untersuchung, ob der beklagte Verpächter berechtigt ist, die Vertragserfüllung, die Uebergabe der Pachtsachen zu verweigern. Sein Hauptgrund für diese Berechtigung besteht darin, daß er zur Uebergabe bereit gewesen, daß aber A die Uebernahme verweigert habe und daher selbst vertragsbrüchig geworden sei. Als am 6. März 1865 beide Contrahenten zu der wegen eingetretener Hindernisse bis zu diesem Tage verschobenen Uebergabe sich zusammenfanden, erklärte A zur Uebernahme sich bereit, wenn das Pachtobject in gutem Zustand übergeben würde, da er durch den Vertrag verpflichtet sei, es ebenfalls in gutem Zustand zurückzustellen; bei dem

mangelhaften, den gewöhnlichen Gebrauch ausschließenden Stand der Mühle verweigerte er aber die Uebernahme. Hiebei war A in seinem Recht, weil nach §. 1096 a. b. G. B. der Verpächter zur Uebergabe im brauchbaren Zustand verpflichtet ist, wie andererseits der Pächter die Sache in gutem Zustand zu erhalten hat (was auch im Pachtvertrag ausdrücklich stipulirt wurde), mithin das Gesetz beiden Theilen gleiche Verbindlichkeiten auferlegt, da die Ausdrücke „brauchbar" und „gut" als gleichbedeutend anzunehmen sind. Der Kläger hatte vollen Grund, den mangelhaften Zustand der Mühle, welcher ihre Ertragsfähigkeit nothwendig vermindern mußte, durch Sachkundige erheben zu lassen. Der am 12. Mai und 30. Juni 1865 aufgenommene Sachbefund, um welchen er schon am 12. März bei Gericht nachgesucht hatte, ergab in mehrfacher Beziehung den schadhaften Zustand der Pachtobjecte, insbesondere, daß von 16 Mahlgängen nur 12 brauchbar waren und 3 von den letzteren wegen Schadhaftigkeit des Triebwerkes nur mit Gefahr betrieben werden konnten. Die Einwendung des Beklagten, daß dieses Ergebniß des Sachbefundes nicht auf den zur Uebergabe bestimmten Tag zurückbezogen werden könne, verdient keine Berücksichtigung, weil der dazwischen liegende Zeitraum zu kurz ist, als daß die in zu starker Abnutzung und Holzfäulniß begründeten Gebrechen in demselben entstanden sein konnten und weil die Mühle in dieser Zwischenzeit in Händen des Verpächters war, der dafür zu sorgen hatte, daß der Zustand der Pachtsache nicht verschlechtert werde. Der Kläger hatte sonach durch seine Ablehnung der Uebernahme bis zur Herstellung des Pachtobjectes in gutem, brauchbarem Zustand den Vertrag nicht gebrochen, umsoweniger, als der Beklagte an dem zur Uebernahme bestimmten 6. März selbst erklärt hatte, daß erst das Resultat des Befundes abzuwarten sei; und der Letztere war dadurch nicht berechtigt, seinerseits vom Verlag abzugehen und — wie es geschehen — die Mühle einem Dritten zu verpachten. Einen zweiten Grund für sein angebliches Recht zur Lösung des Pachtvertrages setzt der Beklagte in die von A versäumte Zahlung des Pachtzinses. Nun ist im Vertrage allerdings dem Verpächter das Recht eingeräumt, den Vertrag aufzulösen, wenn der Pächter binnen vier Wochen nach verstrichenem Verfallstermin den Zins nicht gezahlt hat; allein diese Festsetzung findet hier keine Anwendung, weil der Pächter zur Zinszahlung vor Antritt der Pachtung nicht verpflichtet ist, der Verpächter aber gegen ihn die Erfüllung des Vertrages nicht eingeklagt hat. So lange der Letztere gegen den Pächter kein Urtheil auf dessen Verpflichtung zur Uebernahme der Mühle (die wie jede andere vertragsmäßige Verpflichtung eingeklagt werden muß) erwirkt hat, hat er auch keinen Anspruch auf einen Pachtzins für den Genuß der Mühle, welcher für den Pächter noch nicht begonnen hat.

Nr. 2904.

Unterbrechung der Verjährung einer Forderung durch Einverleibung der Erbeinantwortungsurkunde?

Entsch. v. 31. October 1867, Nr. 8163 (Best. des Urth. des B. G. Selban v. 7. März 1866, Nr. 4393, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 18. Febr. 1867, Nr. 4551). G. Z. 1868, Nr. 11. G. H. 1868, S. 3.

A, als Erbin des ursprünglichen Gläubigers M, verlangte von der B mit der Hypothekarklage die Bezahlung der Forderung. Die Beklagte setzte dem Begehren die Einwendung der Verjährung entgegen, da die fragliche Satzpost schon im Jahre 1824 einverleibt und von Niemandem die Zahlung je gefordert wurde. Dagegen erinnerte A, daß ihr die Satzpost im Wege der Verlassenschaftsabhandlung eingeantwortet wurde und daß im Jahre 1847 die Einverleibung des Einantwortungsdecretes und darnach die Unterbrechung der Verjährung stattgefunden habe. Das Gericht erster Instanz erkannte auf Abweisung des Begehrens. Das O. L. G. erkannte nach demselben, weil im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher bei der Abhandlungspflege die Uebertragung der Satzpost auf die heutige Klägerin, als Erbin des ursprünglichen Gläubigers erfolgte, und weil durch die Intabulirung der im Abhandlungswege erlassenen Einantwortungsurkunde umsomehr auf die Unterbrechung der Verjährruug geschlossen werden müsse, als die Anfechtung dieser Intabulation von der Beklagten unterlassen wurde, worin offenbar eine Anerkennung des Bestandes der Satzpost und des bezüglichen Rechtes der Klägerin von Seite der Schuldnerin liege.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Da die Satzpost seit dem Jahre 1824, also seit mehr als 30 Jahren haftet, muß dieselbe allerdings nach §. 1479 a. b. G. B., welcher die Verjährung ausdrücklich auch für den öffentlichen Büchern einverleibte Rechte gestattet, als verjährt angesehen und das Begehren abgewiesen werden, weil die Klägerin eine Unterbrechung dieser Verjährung nicht dargethan hat. Daß die Einantwortung der Satzpost an die Klägerin im Verlaßabhandlungswege und die Intabulation dieses Einantwortungsdecretes im Sinne des §. 1497 a. b. G. B. als eine Unterbrechung der Verjährung nicht betrachtet werden kann, ist wohl unzweifelhaft, da dieselbe weder als eine Klage, noch als eine Anerkennung des Rechtes von Seite der Schuldnerin gelten kann, letzteres deshalb nicht, weil durch diese Uebertragung der Satzpost von M an seine Erben eine Anforderung an die Schuldnerin nicht gestellt wurde, diese gegen die Uebertragung überhaupt noch gar nichts einwenden konnte, zumal damals im Jahre 1847 die Forderung noch nicht verjährt war. Auf den §. 1500 a. b. G. B. kann sich aber die Klägerin nicht berufen, da sie nur im Verlassenschaftswege als Erbin des M in den Besitz der Satzpost gelangt ist.

Nr. 2905.

Anerkennung als Verpflichtungsgrund.

Entsch. v. 31. October 1867, Nr. 9232 (Best. des das Urth. des B. G. Smichow v. 31. Dec. 1866, Nr. 11213, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 28. Mai 1867, Nr. 13079). G. H. 1868, S. 207.

A als der durch die Erbschaftseinantwortung legitimirte Erbe des M, belangte den B als grundbücherlichen Eigenthümer der Realität X mit der Hypothekarklage auf Zahlung einer Satzforderung von 399 fl. unter Vorlage des Grundbuchsextractes, wonach die Anerkennung der Forderung des M (von Seite eines früheren Besitzers der Liegenschaft) „auf Grund einer einverleibt sein sollenden aber nicht eingetragenen Obligation" im Grundbuch ausgezeichnet ist. Von dem damaligen Eigenthümer ist die Realität in Folge von Käufen erst auf C und dann auf den Beklagten grundbücherlich übergegangen. Der Beklagte bestritt den Anspruch 1. weil ein Rechtstitel für die eingeklagte Forderung nicht besteht und diese selbst gar nicht intabulirt ist; 2. wegen der zu Händen des M geleisteten Zahlung. In erster Instanz wurde die Klage unbedingt abgewiesen. Das O. L. G. absolvirte den Beklagten nur für den Fall, als er mittelst des dem Kläger aufgetragenen Haupteides die Zahlung an den vom Kläger beerbten M beweisen würde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz und bemerkte in seinen Motiven zu der ad 1 vorgebrachten Einwendung des Beklagten, daß dieselbe unbegründet war. Denn obgleich die ursprüngliche Obligation nicht mehr vorhanden und im Grundbuch nicht eingetragen ist, so werden diese Mängel doch dadurch ersetzt, daß im Grundbuch die Anerkennung der Richtigkeit der eingeklagten Forderung ausgezeichnet ist. C, der Besitzer der Realität vor dem Beklagten, hat in seinem Kaufcontract die daran haftenden Schulden zur Zahlung übernommen und im Vertrag ist dabei ausdrücklich die sub Nr. .... auf die Realität für M versicherte Forderung von 399 fl. genannt. Mit der bücherlich ausgezeichneten Anerkennung der Schuld ist daher auch ein Rechtstitel für dieselbe vorhanden und der Beklagte als Nachfolger des C im Besitz der Realität hat nach §. 443 a. b. G. B. die Pflicht zur Zahlung, ohne daß es eines weiteren Beweises für den rechtmäßigen Ursprung der Schuld bedarf.

Nr. 2906.

Einfluß der Streitgenossenschrift auf das Schicksal des Haupteides.

Entsch. v. 31. October 1867, Nr. 9488 (Best. des das Decr. des B. G. Geras v. 28. Juli 1867, Nr. 2203, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 3. Sept. 1867, Nr. 15920). G. H. 1868, S. 146.

Von den zwei Streitgenossen A und B überreichte nur der A die Antretung des im Urtheil beiden Genossen (referibel) aufgetragenen Haupteides und wurde in erster Instanz a limine abgewiesen, „weil der Eid so abgelegt werden muß, wie er aufgetragen wurde und A allein den Eid angetreten hat".

In Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz verordnete der oberste Gerichtshof die aufrechte Verbescheidung der Eidesantretung, weil nirgends vorgeschrieben ist, daß Streitgenossen den ihnen aufgetragenen Haupteid mit derselben Eingabe antreten müssen, und weil selbst bei schon vorhandener Gewißheit, daß ein Genosse den Eid nicht antreten will oder kann, es nicht Sache des Richters ist, die Eidesantretung des anderen Genossen von Amtswegen abzuweisen und ohne Weiteres zu entscheiden, ob und inwieferne die Eidesleistung auch nur des Einen der Genossen genügen könne.

Nr. 2907.

Mandatsproceß: Zeitpunkt, in welchem die Execution zur Sicherstellung beginnen kann.

Entsch. v. 5. Nov. 1867, Nr. 9781 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Krems v. 10. Sept. 1867, Nr. 1661, und des O. L. G. Wien v. 24. Sept. 1867, Nr. 17458). G. Z. 1868, Nr. 14.

B hatte als Meistbieter die Einhebung der Verzehrungssteuer gepachtet, war aber mit einem Pachtschillinge im Rückstande, weshalb das Aerar auf Grund des als öffentliche Urkunde zu betrachtenden Licitationsprotokolles um Erlassung des Zahlungsauftrages und grundbücherliche Einverleibung des executiven Pfandrechtes auf die Realität des B zur Sicherstellung des obigen Rückstandes bat. Der Zahlungsauftrag wurde erlassen, die gebetene Einverleibung aber in allen drei Instanzen verweigert; von der ersten auf Grund des §. 7 der kais. Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, und des §. 1 der Min.-Vdg. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130; von der zweiten, weil nach diesem §. 1 auf die Klage die Bestimmungen der Vdg. vom 21. Mai 1855 anzuwenden sind, nach §. 7 derselben aber die Execution zur Sicherstellung erst nach Ablauf der im Zahlungsbefehle festgesetzten Frist zu bewilligen ist, und der Ministerial-

erlaß vom 18. Juli 1859 diesfalls eine andere Bestimmung nicht enthält; von der dritten endlich (bei welcher im Recursweg hervorgehoben worden war, daß der §. 7 der Verordnung von 1855 durch den §. 4 jener vom Jahre 1859 eine Aenderung erlitten habe, indem letzterer die Execution ohne Beschränkung durch eine Frist zuläßt; dann daß dem Schuldner sonst, gegen die Absicht des Gesetzes, Zeit gelassen werde, das zur Deckung des Gläubigers geeignete Vermögen bei Seite zu schaffen), weil die den gleichförmigen Entscheidungen der Untergerichte zu Grunde gelegte Auffassung des Sinnes der §§. 4 und 5 der Ministerialverordnung v. 18. Juli 1859, in Verbindung mit dem Eingange und dem §. 1 dieser Verordnung, und mit dem §. 7 der Verordnung v. 21. Mai 1855 dem Wortlaute dieser Gesetzesstellen in ihrem Zusammenhange entspricht, und auch in der in Wirksamkeit stehenden analogen Erläuterung des Justizministeriums vom 19. April 1855, R. G. Bl. Nr. 75, ihre Rechtfertigung findet.

Nr. 2908.

Executive Feilbietung einer Liegenschaft: Entscheidung über die Rangordnung der Zinsen von Amtswegen.

Entsch. v. 5. Nov. 1867, Nr. 9971 (Best. des Decr. des B. G. Starkenbach v. 23. Dec. 1866, Nr. 3149, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 25. April 1867, Nr. 10651). G. Z. 1867, Nr. 105.

Bei der Vertheilung des Mitgebotes einer Realität wurden dem A nur die seit drei Jahren rückständigen Zinsen in der Rangordnung des Capitales zugewiesen, wiewohl der Schuldner ihm viel länger ausstehende liquidirt hatte. Auf Recurs des A hat die zweite Instanz ihm auch die älteren Zinsen in der Rangordnung des Capitals zugesprochen, weil dieselben bei der Zuweisungsverhandlung liquidirt waren und dagegen eine Einwendung nicht erhoben wurde, und weil der Richter gesetzlich nicht berechtigt sei, eine Forderung von der Zuweisung auszuschließen, welche von den betheiligten Parteien nicht beanständet worden ist. Dagegen beschwerte sich der spätere Gläubiger B, welcher bei der Zuweisungsverhandlung nicht erschienen war. Er machte geltend, daß der Richter allerdings befugt war, auch ohne durch ihn auf Beobachtung des §. 437 a. G. O. und des §. 18 der Concursordnung aufmerksam gemacht zu werden, dieselben anzuwenden und von Amtswegen die Zinsen bezüglich der ihnen gebührenden Rangordnung auf das gesetzliche Maß zurückzuführen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstrichterliche Entscheidung, weil die auf drei Jahre beschränkte Zahlungsanweisung der Zinsen in der Rangordnung des Capitales der gesetzlichen Bestimmung

des §. 18 Concursordnung spricht, welche auch bei Meistgebotvertheilungen außer dem Concurse zu beobachten ist und vom Richter von Amtswegen beobachtet werden muß.

Nr. 2909.

Gesetzliches Pfandrecht des Bestandgebers: Voraussetzungen der Wirksamkeit desselben.

Entsch. v. 6. Nov. 1867, Nr. 8721 (Best. des Urth. des H. G. Wien vom 12. Februar 1867, Nr. 159815, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 3. Juli 1867, Nr. 5352). G. Z. 1867, Nr. 104. Zeitschr. f. d. österr. Notariat 1868, Nr. 50.

Auf Betreiben des A ward am 23. April 1866 das Mobilar des X executiv feilgeboten. Vor Beginn der Feilbietung erschien aber B, der Eigenthümer des von X bewohnten Hauses, und meldete eine auf die Zeit vom 1. Mai bis 1. Nov. 1866 entfallende Miethzinsforderung per 250 fl. bei dem Gerichtscommissär an, was zur Folge hatte, daß von dem erzielten Feilbietungserlöse ein Betrag von 250 fl. ausgeschieden, zur Sicherstellung des obigen Miethzinses zu Gericht erlegt und A angewiesen wurde, sein vermeintliches Vorzugsrecht hierauf gegen den Vermiether im ordentlichen Rechtswege auszutragen. Dies geschah denn auch, und die erste Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren ab. — Dagegen gab das O. L. G. demselben statt und begründete dieses Erkenntniß damit, daß das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers nach §. 1101 a. b. G. B. zwar schon durch die Einbringung der Einrichtungsstücke in die Wohnung zur Existenz gelange, und von diesem Zeitpunkte an auch gegen jene Gläubiger des Miethmannes geltend gemacht werden könne, welche an den eingebrachten Gegenständen ein Pfandrecht erwarben, bevor noch die Zinsklage von dem Vermiether eingebracht wurde (Hofdecr. v. 10. April 1837, J. G. S. Nr. 189), wonach das Pfandrecht des Geklagten allerdings begründet erscheine, und sei dasselbe auch nicht dadurch alterirt worden, daß die Pfandobjecte ohne sein Verschulden durch die von einem Dritten darauf geführte Execution veräußert und aus der Wohnung weggebracht worden sind. Allein die Wirksamkeit des Pfandrechtes des Vermiethers sei nach dem Wortlaute des §. 1101 a. b. G. B. auch an eine zweite Bedingung gebunden, nämlich an jene, daß der Vermiether sein gesetzliches Pfandrecht auch zur Geltung gebracht habe. Dies habe nach dem Inhalte des obigen Paragraphen mittelst der Zinsklage zu geschehen. Als solche könne aber die Anmeldung der Zinsklage bei dem Feilbietungscommissär nicht angesehen werden, wie dies das bereits erwähnte Hofdecret v. 10. April 1837 und noch deutlicher jenes v. 5. November 1819, J. G. S. Nr. 1621,

ausgesprochen habe. Durch die Nichteinbringung dieser Klage ist daher das dem Geklagten zugestandene gesetzliche Pfandrecht erloschen und mußte somit dem Begehren des Klägers auf Erfolglassung der erlegten 250 fl. stattgegeben werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Erkenntniß der ersten Instanz mit folgender Begründung: „Gleich dem ersten Richter anerkennt auch das O. L. G., daß das dem Vermiether eingeräumte Pfandrecht schon durch die Einbringung der Einrichtungsstücke in die Wohnung begründet werde. Im Widerspruche hiemit steht aber die Behauptung, daß zur Wirksamkeit dieses Pfandrechtes vorerst noch die Zinsklage des Vermiethers erforderlich sei. Dies enthält auch das Hofdecr. v. 5. Nov. 1819 nicht, sondern es wurde in demselben nur die Frage bejahend entschieden, ob es dem Vermiether gestattet sei, nach Einklagung des rückständigen Miethzinses sogleich die gerichtliche Beschreibung der in der gemietheten Wohnung befindlichen Fahrnisse zu verlangen, damit sich der Vermiether den Beweis verschaffen könne, welche Fahrnisse zur Zeit der Klage vorhanden waren, und dadurch eine Verschleppung derselben verhindere. Im vorliegenden Falle war aber für den Geklagten die Zinsklage und das Ansuchen um Beschreibung der Fahrnisse entbehrlich, weil ihm durch die in der Wohnung des Vermiethers vorgenommene Feilbietung der eingebrachten Fahrnisse Gelegenheit gegeben war, mittelst Anmeldung seiner eben rückständig gewordenen Zinsforderung und durch Rückhaltung des an die Stelle der Fahrnisse getretenen Meistgebotes sein schon mit der Einbringung derselben wirksam gewordenes, mithin dem executiven Pfandrechte des Klägers vorgehendes gesetzliches Pfandrecht in einer Art geltend zu machen, in welcher etwas gesetzlich Unzulässiges nicht gefunden werden kann."

Nr. 2910.

Feilbietungsbedingnisse: Befreiung des Executionsführers vom Erlag der Caution; Sicherstellung pünktlicher Zahlung der Zinsen der Satzcapitalien; Nichtberücksichtigung von erst im Recurse vorgeschlagenen Bedingungen.

Entsch. v. 6. Nov. 1867, Nr. 9578 (theilweise Best. des Decr. des B. G. Smichow v. 27. Februar 1867, Nr. 2857, theilweise Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 14. Mai 1867, Nr. 13150). G. H. 1868, S. 171. (Nach den Acten ergänzt.)

Gegen die vom Executionsführer A vorgelegten und vom Gericht genehmigten Bedingnisse der dem A bewilligten Versteigerung des seiner Schuldnerin B zur Hälfte gehörigen Gutes recurrirte der Satzgläubiger C mit der Bitte: 1. daraus die Befreiung des A vom

Erlag des Vadiums bis zur Höhe seiner Forderung für den Fall seines Mitbietens zu beseitigen, und 2. die Verpflichtung des Erstehers zum gerichtlichen Erlag — von 6 zu 6 Monaten — der Zinsen der Satzforderungen für Rechnung der Gläubiger in den Bedingnissen aufzunehmen. Das O. L. G. hat dem Recurs nach beiden Richtungen stattgegeben.

Auf den Revisionsrecurs des A und der B hat der oberste Gerichtshof die ad 2 begehrte Aufnahme verweigert, weil die fragliche Bedingung nicht vom Executionsführer beantragt wurde und nicht von der Art ist, daß der Richter von Amtswegen darauf Rücksicht zu nehmen hat, mithin das Gericht erster Instanz keinen Grund hatte, sie im Edict aufzunehmen, und auf den von einem Gläubiger erst in zweiter Instanz gestellten Antrag die Aufnahme einer neuen Bedingung nicht stattfinden kann. Dagegen wurde vom obersten Gerichtshof die obergerichtliche Beseitigung der Befreiung des Executionsführers A vom Erlag des Vadiums aufrecht erhalten, weil die Forderung desselben nur dann die Stelle des Vadiums vertreten kann, wenn sie genügende Sicherheit dafür bietet, was aber hier nicht der Fall ist, indem die Forderung des A nur auf der Gutshälfte der B versichert, das ganze Gut auf 51.489 fl. geschätzt ist und der Post des A auf der ganzen Liegenschaft sichergestellte Forderungen. im Betrage von 30.000 fl. vorangehen, und weil auch nicht das für A nebst seiner Forderung darauf versicherte Ausgeding desfalls in Betracht kommen kann, da dasselbe in Naturalleistungen besteht, deren Werth nicht erhoben ist und folglich die Stelle des Vadiums nicht zu vertreten vermag.

Nr. 2911.

Execution auf Pensionen von Sparcassebeamten.

Entsch. v. 6. Nov. 1867, Nr. 9680 (theilweise Abänd. der Decr. des B. G. Neuhaus v. 18. Mai 1867, Nr. 3325 und des O. L. G. Prag v. 23. Juli 1867, Nr. 20158). G. H. 1868, S. 2.

Das dem A in erster Instanz voll bewilligte, in zweiter Instanz verweigerte Verbot auf die von der B, Witwe eines Beamten der Sparcasse zu X, zu beziehende jährliche Gnadenpension wurde vom obersten Gerichtshof für die Hälfte der Bezüge bewilligt, weil die Sparcasse zu X nach ihren genehmigten Statuten als eine gemeinnützige Anstalt anzusehen ist, deren Beamte mithin in die Kategorie der Gemeindebeamten gehören, die in Bezug auf Verbote durch das Hofdecr. v. 3. April 1838, J. G. S. Nr. 262, den Staatsbeamten gleichgestellt sind, folglich die der B ausgesetzte Pension nach Hofdecr. vom 16. Jänner 1786, J. G. S. Nr. 518, nur zur Hälfte mit Verbot belegt werden darf.

Nr. 2912.

Rechtskraft des eine actio confessoria abweisenden Urtheils.

Entsch. v. 12. Nov. 1867, Nr. 9544 (Best. des das Decr. des B. G. Steyr v. 7. August 1867, Nr. 5059, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 3. Sept. 1867, Nr. 16085). G. Z. 1868, Nr. 13.

A belangte die Eheleute B, weil sie durch Verwehrung des von mehreren Zeugen bestätigten langjährigen Bezuges des Wassers aus ihren Brunnen seinen Besitz gestört hätten. Die Geklagten wendeten ein, daß A sie auf Anerkennung ihres Rechtes zum Bezuge dieses Wassers belangt habe, aber mit rechtskräftigem Urtheile sachfällig geworden sei, weshalb sie seinen nun als unrechtmäßig erklärten Besitz nicht mehr zu achten brauchen. A entgegnete, daß dieses nur der Fall wäre, wenn die Gegner mit einer von ihnen ausgegangenen negatorischen Servitutsklage obgesiegt hätten. Das Gericht erster Instanz gab der Besitzstörungsklage auf Grund des factischen Besitzstandes statt, weil die von den Geklagten beigebrachten Urtheile erster und zweiter Instanz dem Kläger nur das Recht aus der Dienstbarkeit des Wasserbezuges absprechen, während die vorliegende Klage den Schutz im gestörten Besitze des Rechtes, das Wasser vom Brunnen der Geklagten zu holen, ausspricht, somit obige Urtheile auf diesen Rechtsstreit keinen Einfluß haben. Das O. L. G. wies den Kläger ab, in der Erwägung, daß sein factischer Besitz durch die Urtheile ein offenbar unrechtmäßiger geworden ist, da Kläger mit dem in Anspruch genommenen Rechte auf Benützung des Brunnens der Eheleute B abgewiesen wurde, er das angesprochene Recht nicht zu behaupten vermochte, somit urtheilsmäßig erkannt vorliegt, daß sein Besitz des Rechtes entbehrt, demnach unrechtmäßig ist (§. 316 a. b. G. B.) und nicht weiter geschützt werden darf; daß nicht mehr die Thatsache des letzten factischen Besitzstandes nach dem ersten Absatze des §. 5 der kaiserl. Verordnung v. 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, entscheidet, weil schon der im zweiten Absatze daselbst erwähnte ordentliche Proceß über den Titel des Besitzes durchgeführt und zu Ungunsten des Klägers (factischen Besitzers) ausgefallen ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung mit Bezugnahme auf deren Begründung.

Nr. 2913.

Besitzstörungsproceß: Kosten der Beiziehung eines Advocaten.

Entsch. v. 12. Nov. 1867, Nr. 9717 (theilweise Best. des Decr. des B. G. Freudenthal v. 9. August 1867, Nr. 3618, Abänd. des Decr. des O. L. G. Brünn v. 18. Sept. 1867, Nr. 9756). G. H. 1868, S. 3.

Das O. L. G. enthob den in possessorio summariissimo unterlegenen Beklagten von dem Ersatz der in erster Instanz dem Kläger

zuerkannten Kosten der Vertretung durch einen Advocaten, weil der Sachfällige nur zum Ersatz jener Kosten verurtheilt werden könne, die der Gegner zur Proceßführung nothwendig aufwenden mußte, in dem vorliegenden Falle aber, wo der Richter von Amtswegen den Streitgegenstand zu erörtern und in das Klare zu setzen hatte, die Beiziehung eines Rechtsfreundes für den Kläger entbehrlich war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung, weil die Parteien auch in Besitzstörungsstreitigkeiten berechtigt sind, sich eines Rechtsfreundes zu bedienen, und das Gesetz für derartige Streitigkeiten keine Ausnahme von der allgemeinen Regel der a. G. O. statuirt, wonach der in den Ersatz der Gerichtskosten verfällte Streittheil. auch die Kosten der Advocatenvertretung zu ersetzen hat.

Nr. 2914.

Meistgebotsvertheilung: Zeitpunkt, bis zu welchem dem Pfandgläubiger die Zinsen gebühren.

Entsch. v. 12. Nov. 1867, Nr. 10154 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Komotau v. 28. Dec. 1866, Nr. 8869 und des O. L. G. Prag vom 16. Juli 1867, Nr. 15783). G. Z. 1868, Nr. 19. G. H. 1868, S. 13.

Auf einer executiv veräußerten Realität haftete ein Ausgeding, dessen capitalisirter Werth durch das Meistgebot gedeckt war und Anfangs einer nachträglichen Vertheilung, wenn durch Erlöschen des Ausgedings derselbe für die nachfolgenden Gläubiger verfügbar würde, vorbehalten, dann aber auf Beschwerde eines Gläubigers gleich für obigen Zeitpunkt den späteren Gläubigern zugewiesen wurde und zwar jedem mit seinem Capitale, aber nur mit den bis zum Feilbietungstage berechneten Interessen. Dagegen beschwerte sich einer dieser Gläubiger und verlangte, daß ihm auch die vom Feilbietungstage bis zu jenem, wo das Ausgedinge sein Ende erreicht, entfallenden Interessen zugewiesen werden, soweit der Kaufschilling reicht, weil derselbe als Surrogat der Hypothek für sein Capital sammt Interessen hafte. — Seine Einsprache wurde in erster Instanz nicht berücksichtigt, weil die Interessen des Bedeckungscapitals durch den Ausgedinger bis zu seinem Lebensende bezogen und neuerliche Interessen für die Gläubiger erst vom Tage des Erlöschens dieses Ausgedinges wieder flüssig werden. — Das O. L. G. entschied ebenso. Gründe: Mit dem Augenblicke des Verkaufes einer Realität tritt an deren Stelle der Kaufschilling und es haben die Tabulargläubiger das Recht, zu fordern, daß dieser Kaufschilling nach der im Augenblicke des executiven Verkaufes bestandenen bücherlichen Rangordnung vertheilt werde, daß ihnen daher das Capital und die versicherten Nebengebühren,

insbesondere die in diesem Zeitpunkte rückständigen unverjährten Zinsen aus dem Kaufschillinge zugewiesen werden. Dieses bereits erworbenen Rechtes können die Tabulargläubiger durch den Verlauf der Zeit nicht mehr verlustig werden, was aber offenbar theilweise der Fall wäre, wenn vorliegend die Vertheilung des Ausgedings-Bedeckungs-capitals bis zu dem Zeitpunkte der Freiwerdung desselben verschoben und dann in der vom Recurrenten begehrten Art vorgenommen würde. Daß bei der sogleichen eventuellen Vertheilung unter die nächstfolgenden Gläubiger diese die Interessen für die Zeit vom Feilbietungstage bis zum Tage der Freiwerdung des Capitals verlieren, ist wohl richtig; allein dieser Verlust ist eben nur eine Folge des executiven Verkaufes der Realität und des Umstandes, daß der Kaufschilling wegen des vorhergehenden Ausgedinges zur sogleichen Befriedigung dieser Gläubiger nicht hinreicht.

Der oberste Gerichtshof verwarf den vom Gläubiger ergriffenen außerordentlichen Revisionsrecurs, weil das Meistgebot durch das Ausgeding erschöpft ist, daher der nachfolgende Gläubiger während des Zeitraumes, in welchem diese Vertheilung in Wirksamkeit ist, also so lange der Ausgedinger lebt, so zu betrachten ist, als ob derselbe leer ausgegangen wäre, indem ein Fond zur Befriedigung des Recurrenten, als nächsten Gläubigers, mit seiner Forderung an Capital und Zinsen dermal nicht vorhanden ist, daher sein Forderungsrecht bezüglich des Meistgebotes während dieser Zeit unwirksam ist und erst mit der Freiwerdung des Meistgebotsrestes wieder auflebt.

Nr. 2915.

Veräußerung von Waaren bei beiden Contrahenten bekannter Ueberschuldung des Verkäufers. Uebernahme einer Dotalschuld des Letzteren.

Entsch. v. 13. Nov. 1867, Nr. 6462 (Best. des Urth. des L. G. Graz vom 17. August 1866, Nr. 10267, Abänd. des Urth. des O. L. G. Graz vom 26. Februar 1867, Nr. 1541). G. Z. 1868, Nr. 17.

A belangte die Ausgleichsrepräsentanz des B auf Anerkennung seines Eigenthums an einem in die Inventur der Ausgleichsmasse einbezogenen Waarenlager, welches er drei Wochen vor Eröffnung des Ausgleichsverfahrens um 8000 fl. von B gekauft hatte, und auf Ausfolgung desselben, eventuell, wenn die Waaren nicht mehr vorhanden wären, auf Zahlung von 8000 fl. als Schadenersatz. Laut der über das Kaufgeschäft errichteten Urkunde wurde ein Theil des erwähnten Kaufpreises im Betrage von 5500 fl. durch die Forderungen des A gegen B beglichen; für den Rest von 2500 fl. übernahm

A die Zahlung der Dotalforderung gleichen Betrags, welche die Gattin des B an diesen zu stellen hatte. Dieses Begehren wurde in erster Instanz unter der Bedingung zugelassen, daß der Kläger theils durch seinen Erfüllungseid, theils durch Haupteide die von Seite des B vor Einleitung des Ausgleichsverfahrens an ihn erfolgte symbolische Uebergabe des Waarenlagers beweise, und — das Eventualbegehren anlangend — den Werth der Waaren mit seinem Schätzungseid auf 8000 fl. veranschlage. Vom O. L. G. wurde die beklagterseits mittelst Haupteides angebotene Beweisführung darüber zugelassen, daß B bei Abschließung des Kaufvertrages das eine Ueberschuldung im Betrage von 12130 fl. ergebende Verzeichniß seiner Activen und Passiven dem A eingehändigt und hiermit demselben von seiner damals bereits eingetretenen Insolvenz Kenntniß gegeben habe, und 1. für den Fall der Erbringung dieses Beweises das Klagebegehren verworfen, 2. für den entgegengesetzten Fall unter der Bedingung der in erster Instanz zugelassenen Beweise durch Erfüllungs- und Haupteid dem Kläger das Eigenthum an dem Waarenlager zuerkannt und die Ausgleichsmasse verurtheilt, dem Kläger dagegen, daß er 2500 fl., d. i. den Betrag der von ihm übernommenen Dotalschuld des B bei Gericht niederlegt, die Waaren auszufolgen, 3. für den Fall, daß die Waaren in natura nicht mehr vorhanden wären, die Ausgleichsmasse unter den in 2. erwähnten Voraussetzungen und unter der Bedingung des in erster Instanz dem Kläger auferlegten Schätzungseides zur Zahlung von 5500 fl. statt der begehrten 8000 fl. condemnirt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: Ad 1 ist das O. L. G. der Meinung, daß, wenn dem Kläger durch die Einsichtnahme von dem Vermögensverzeichnisse des B die Ueberschuldung des Letzteren um 12.130 fl. bekannt geworden war, der Tags darauf geschlossene Kaufvertrag als über ein unerlaubtes Object abgeschlossen, nach §. 878 a. b. G. B. als ungiltig und wirkungslos angesehen werden müsse. Diese Ansicht ist aber eine irrige. Die Beurtheilung, ob ein Vertrag nach dem Strafgesetze ungiltig sei, obliegt den Strafgerichten. Von diesen wurde aber der Kaufvertrag nicht nur nicht als ungiltig erklärt, sondern auf die an das Strafgericht zu Graz erfolgte Mittheilung der vorliegenden Proceßacten hat dasselbe dem Civilgerichte eröffnet, daß es die darauf gegründete Anzeige wegen Verbrechens des Betruges verworfen habe. Allerdings wurde B durch Urtheil des genannten Strafgerichtes und in zweiter Instanz vom O. L. G. des nach §. 486, lit. c und g St. G. strafbaren Vergehens der verschuldeten Crida für schuldig erkannt; allein der in Frage stehende Kaufvertrag wurde, wenngleich in den Entscheidungsgründen erwähnt, in die Verurtheilung nicht einbezogen. Der Civilrichter hat daher die Giltigkeit dieses Geschäftes nur nach den Civilgesetzen zu untersuchen. Nach den letzteren nun kann die persönliche Fähigkeit des B, den Vertrag zu schließen, nicht bezweifelt

werden, da die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens erst nach Schließung des Vertrages stattgefunden hat. Nach dem Civilgesetz war aber die darin versprochene Leistung im Sinne des §. 878 a. b. G. B. auch möglich. Daß sie physisch unmöglich gewesen sei, wurde im Proceß nicht behauptet, und daß ein solcher Kauf nicht stattfinden dürfe, ist in keinem Civilgesetze ausgesprochen. Es steht vielmehr jedem Gläubiger frei, selbst bei bestimmter Kenntniß von der Ueberschuldung und der Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners, zum offenbaren Nachtheil der anderen Gläubiger, für seine Forderung, sogar mit Hilfe des Richters, sich Zahlung oder Deckung zu verschaffen. Auch Käufe, die ein zahlungsunfähiger Schuldner vor Eröffnung des Concurses oder des Ausgleichsverfahrens geschlossen hat, sind aus dem Grunde seiner Zahlungsunfähigkeit allein nicht ungiltig. Dasselbe gilt auch von seinen Verkäufen an einen Gläubiger, und ob hiebei der Gläubiger aus Gewinnsucht handelte, bleibt gleichgiltig, insofern diese etwa nicht von einem besonderen Gesetz, wie z. B. vom §. 934 a. b. G. B. (laesio enormis) ins Auge gefaßt wird. Im vorliegenden Falle wurden aber die vom Kläger um 8000 fl. angekauften Waaren gerichtlich nur auf 7381 fl. geschätzt und schließlich nur um 6024 fl. verkauft. Daß aber (wie das O. L. G. annimmt) auch Buchforderungen des B im Betrage von 1300 fl. in dem Verkauf miteingeschlossen waren, widerstreitet dem Inhalt der Vertragsurkunde und wurde in anderer Weise nicht dargethan. Ad 2 begründet das O. L. G. seinen Ausspruch damit, daß die Gattin des B ihre Dotalforderung nur im Falle der Eintragung derselben in das Handelsregister — welche aber in Abrede gestellt worden sei — und niemals älteren Handelsgläubigern gegenüber zu rechtlicher Geltung bringen könnte, daß der Kläger die übernommene Zahlung dieser Forderung noch nicht geleistet habe und durch den gerichtlichen Erlag des Forderungsbetrages per 2500 fl. allen Betheiligten die Geltendmachung ihrer Rechte auf denselben gewahrt bleiben müsse. Auch diese Ansicht ist unrichtig; die Giltigkeit des Kaufvertrages vorausgesetzt, durften der Verkäufer und Käufer allerdings festsetzen, daß ein Theil des Kaufschillings einer dritten Person zu zahlen sei, gleichviel ob dieselbe gegen den Verkäufer einen unbestreitbaren Titel auf den bestimmten Betrag bereits besaß oder nicht. Glauben nun andere Personen ein Recht darauf zu haben, so mögen sie es auf dem Wege der Execution oder durch vorsichtsweise Rechtsmittel, z. B. Verbot gegen die Gattin des Verkäufers durchsetzen; es besteht aber kein Gesetz, wonach in einem Rechtsstreit dritter Personen, welche von ihr verschieden sind, die gerichtliche Deposition dieses Kaufschillingstheiles aus den Gründen des O. L. G. begehrt und verfügt werden könnte. Ad 3 hat das O. L. G. die eventuelle Ersatzforderung des Klägers um die vorerwähnten 2500 fl. aus dem Grunde herabgemindert, weil der Kläger bisher nur 5500 fl. des Kaufschillings verausgabt habe und daher sein Schaden sich auch nur auf diesen letzteren

Betrag belaufe. Allein der Kläger übernahm im Kaufvertrag auf Rechnung des Kaufpreises von 8000 fl. die Dotalforderung der Gattin des Verkäufers in sein Zahlungsversprechen; wenn er den Betrag derselben bisher noch nicht gezahlt hat, so kann er in jedem Augenblick auf dessen Zahlung belangt, seine Schuld kann auch von den Gläubigern der Gattin des Verkäufers und, wie die oberlandesgerichtlichen Gründe ausführen, von jenen des letzteren in Anspruch genommen werden. Durch das oberlandesgerichtliche Urtheil wird ihm das Ersatzrecht in Betreff dieser 2500 fl. abgesprochen, während er, wie eben bemerkt wurde, andererseits von der Zahlung derselben doch nicht entbunden wird. Diesen Erwägungen zufolge wurde das obergerichtliche Urtheil in allen von dem erstgerichtlichen Erkenntnisse abweichenden Punkten abgeändert und die Entscheidung der ersten Instanz bestätigt.

Nr. 2916.

Execution zur Sicherstellung von Aerarialforderungen.

Entsch. v. 13. Nov. 1867, Nr. 10129 (Best. des Decr. des B. G. Hernals v. 31. Juli 1867, Nr. 15723, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 29. August 1867, Nr. 11767). G. Z. 1868, Nr. 17. G. H. 1868, S. 215.

Zur Sicherstellung einer Ersatzforderung des allgemeinen Krankenhauses zu Wien gegen die Verlassenschaft des B begehrte die Finanzprocuratur in Vertretung des Krankenhausfonds die Einverleibung des Pfandrechtes an den Liegenschaften des Nachlasses und außerdem Verbot und sicherstellungsweise Pfändung von deponirten Werthpapieren und Barschaften des Verstorbenen. Das Gesuch war lediglich auf das demselben beigeschlossene Decret der n.-ö. Statthalterei gegründet, womit die Finanzprocuratur beauftragt wurde, die einstweilige Sicherstellung der Ersatzforderung in dem „von der Staatsbuchhaltung ermittelten“ Betrag von 7468 fl. $29^1/_2$ kr. in der oben erwähnten Weise zu bewirken. Das in erster Instanz bewilligte Begehren wurde vom O. L. G. abgewiesen wegen Mangels einer die Ersatzforderung beweisenden Urkunde, wofür das vorgelegte Statthaltereidecret nicht angesehen werden könne.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid mit Berufung auf die gesetzliche Bestimmung in lit. c des Hofdecr. vom 18. September 1786, J. G. S. Nr. 577 *).

*) Sie lautet: Dem Fiscalamt könne auch in Folge des §. 298 a. G. O. vor erfolgtem richterlichen Urtheil eine Execution nicht bewilligt werden; die Sicherheit des Aerariums aber könne auch ohne Ergreifung einer Execution durch die in der a. G. O. vorgesehenen Wege der Verbote, Sequestrationen, Arreste und anderweitigen Sicherstellungsmittel geschehen, zu deren Erwirkung sich das Fiscalamt lediglich durch Darthuung hangender Inquisitionen oder durch Vorlegung der Verordnungen der Hof- und Länderstellen zu legitimiren habe.

Nr. 2917.

Vindication einer durch polizeiliches Einschreiten aus dem Besitz des Klägers in den Besitz des Geklagten übergegangenen Sache.

Entsch. v. 14. Nov. 1867, Nr. 8249 (Best. des Urth. des B. G. Mödling v. 5. April 1867, Nr. 571, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 24. Juli 1867, Nr. 9083). G. Z. 1868, Nr. 5.

Auf die Reclamation der B wurde von der Polizeibehörde ein seit sechs Monaten von ihr vermißter Hund dem Besitzer desselben A abgenommen und ihr übergeben, worauf A sie auf Herausgabe des Thieres oder Zahlung seines Werthes per 30 fl. belangte. Daß der Hund durch sechs Monate — bis zur Abnahme desselben von Seite der Behörde — im Besitze des Klägers gewesen sei, ist unbestritten. Der Kläger will nun das Thier im beiläufigen Alter von drei Monaten, also neun Monate vor der Abnahme von X zum Geschenk erhalten haben und berief sich, unter Anbietung des Erfüllungseides, auf das Zeugniß des X, welches in der That mit seiner Angabe übereinstimmt. Der Beklagten hingegen stehen die Aussagen der Zeugen Y und Z zur Seite, des Inhaltes, daß sie den Hund als ein noch ganz kleines Thier von Y zum Geschenk bekommen, und durch anderthalb Jahre, bis er ihr — vor sechs Monaten — entwendet wurde, besessen habe. Der Versuch, das gegenwärtige Alter des Hundes durch einen Sachbefund festzustellen, scheiterte an der gänzlichen Unbestimmtheit des Gutachtens der Experten. Die erste Instanz wies den Kläger ab, weil seinem Titel ein gleich starker auf Seite der Beklagten gegenüberstehe und demnach der letzteren kraft des Besitzes der Vorzug gebühre (§§. 373 und 374 a. b. G. B.). Das O. L. G. entschied zu Gunsten des Klägers und bemerkte in seinen Motiven: „Da bei den einander entgegenstehenden Beweisen beider Parteien das Eigenthum auf keiner Seite als erwiesen angesehen werden könne, so müsse auf den letzten Besitz zurückgegangen und sonach das Recht des Klägers, welcher den Hund zuletzt sechs Monate hindurch besessen, als das stärkere Recht anerkannt werden, und dies umsomehr, da er nach §. 323 a. b. G. B. nicht einmal zur Angabe seines Titels verpflichtet war, seine Stellung im Proceß als Besitzer, durch die unberechtigte Abnahme des Hundes nicht verrückt werden konnte und diesem Besitzer gegenüber die Beklagte irgend ein stärkeres Recht nicht dargethan habe."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Mit Bezugnahme auf die erstgerichtlichen, auf §. 372 a. b. G. B. gestützten Entscheidungsgründe und in der Erwägung, daß die Beklagte durch die Aussagen ihrer Zeugen vollständig bewiesen hat, denselben Hund, welcher dem Kläger am 15. Jänner d. J. abgenommen und ihr übergeben wurde, bereits anderthalb Jahre

vorher als ein Geschenk des Y besessen und seit 6—7 Monaten vermißt zu haben, seit welcher Zeit sich das Thier im Besitze des Klägers befunden hatte; daß in die Untersuchung der Frage: ob und inwiefern es in der Befugniß der Sicherheitsbehörde gelegen war, den Hund dem Kläger abzunehmen und die Beklagte wieder in dessen Besitz zu setzen, hier nicht eingegangen werden kann, daß der Kläger das der letzteren abhanden gekommene Thier um dieselbe Zeit, da es von ihr vermißt wurde, als Geschenk, somit ohne Entgelt und nicht auf eine Art, die ihn nach §. 367 a. b. G. B. gegen den Eigenthumsanspruch der Beklagten schützt, überkommen hatte, konnte seinem Begehren um Rückstellung des Hundes oder Zahlung des Werthes nicht stattgegeben werden.

Nr. 2918.

Nichtaufhebung der Proceßkosten ungeachtet der Herabsetzung des vom Kläger in Anspruch genommenen Betrages.

Entsch. v. 19. Nov. 1867, Nr. 9226, (Best. des das Urth. des B. G. Sterzing v. 27. Mai 1867, Nr. 1603, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck vom 20. August 1867, Nr. 2300). G. Z. 1868, Nr. 9.

Nr. 2919.

Novation: Umwandlung einer Dotalschuld in eine Wechselschuld.

Entsch. v. 19. Nov. 1867, Nr. 9246 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Gonobitz v. 15. August 1866, Nr. 4079, und des O. L. G. Graz vom 22. Mai 1867, Nr. 8878). G. Z. 1868, Nr. 5. Zeitschr. f. d. österr. Notariat 1868, Nr. 29.

Gegen die Klage der A wider die Concursmasse ihres Gatten B puncto Liquiderklärung einer Forderung von 5000 fl. als Dotalforderung wurde vom Concursmassevertreter eingewendet, daß dieselbe nach ihrer Entstehung durch ein zwischen den Parteien zu Stande gekommenes Wechselgeschäft novirt worden sei. Beide Untergerichte, dieser Einwendung stattgebend, erkannten auf Liquidität der Forderung als Wechselforderung und der oberste Gerichtshof verwarf aus den nachstehenden Gründen die a. o. Revisionsbeschwerde der Klägerin: Da durch die Angaben der Klägerin selbst und die nicht beanständeten Aussagen der Zeugen erwiesen ist, daß bei ihrer Verehelichung mit B nicht sie selbst, sondern ihr Vater als dritte Person dem B 4000 fl. baar und nachträglich noch zwei Staatsobligationen im unwidersprochenen Werthe von je 500 fl., zusammen also 5000 fl. als Heiratsgut übergeben, demnach B in Gemäßheit des §. 1227 a. b.

G. B. daran bereits das vollständige Eigenthum, sie aber nach §. 1229 ebendort nur einen bedingten Anspruch darauf erworben und selbst diesen Anspruch einverständlich mit B in Folge des — von ihr an eigene Ordre auf B gezogenen und von ihm zur unbedingten Zahlung angenommenen — Wechsels in ein unbedingtes Wechselrecht umgeändert, auf diese Weise aber nach den §§. 1376, 1377 und 1379 a. b. G. B. mit der Uebernahme der Zahlungsverbindlichkeit von Seite ihres Ehegatten der Rechtsgrund und Hauptgegenstand der Forderung selbst verwechselt und dadurch unter Behebung ihres früheren Anspruches auf das Heiratsgut mit ihm einen Neuerungsvertrag allerdings selbst begründet hat, so mußte ihr Revisionsbegehren verworfen werden.

Nr. 2920.

Mobiliarpfändung: Amtliche Erhebung des Umstandes, ob die gepfändeten Sachen im Besitze des Executen sich befinden.

Entsch. v. 19. Nov. 1867, Nr. 9506 (Best. des das Decr. des H. G. Prag v. 30. März 1867, Nr. 20101, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag vom 17. Juni 1867, Nr. 16929). G. Z. 1868, Nr. 53.

Auf Ansuchen der A wurde wegen einer restlichen Wechselforderung von 1900 fl. wider Franz B sen. die executive Pfändung des dem Schuldner gehörigen Mobiliarvermögens bewilligt. Gegen den Vollzug der Pfändung beschwerte sich Franz B jun. und dessen Ehefrau, weil sie Besitzer der Wirthschaft Nr. 68 in X seien, gepfändete Gegenstände, nämlich zwei Wirthschaftswägen, sechs Kühe und ein Paar Pferde zum Fundus der erwähnten Wirthschaft gehören und ungebührlich gepfändet wurden, und, ungeachtet die Beschwerdeführer gegen die Vornahme der Pfändung Verwahrung einlegten, der Amtsdiener es unterließ, die vorgeschriebene Instruction einzuholen und die Eigenthumsausweise der Beschwerdeführer im Pfändungsprotokolle anzumerken. Nach vorgängiger Erhebung des Thatbestandes verordnete das O. L. G. die Abhaltung einer Tagsatzung, zur Vernehmung sämmtlicher Interessenten, nämlich der Exequentin, des Executen, der beiden Beschwerdeführer, unter den Folgen des §. 18 des Gesetzes über den summarischen Proceß behufs Erhebung des Umstandes, ob die gepfändeten Gegenstände im Besitze des Executen sich befinden, und ob sie ein ihm gehöriges Mobiliarvermögen sind, oder ob sie ein Theil des fundus instructus der Wirthschaft Nr. 68 in X seien, als deren bücherlicher Besitzer Franz B jun. und dessen Ehefrau vorgeschrieben sind, und sodann die der Sachlage angemessene Verfügung bezüglich des Pfändungsactes, weil, wie es aus den vorgelegten Acten

erhellt, im Orte X zwei Individuen Namens Franz B, nämlich Franz B Vater und Franz B Sohn sich befinden; weil als bücherlicher Besitzer der Wirthschaft Nr. 68 in X, wo auch die gepfändeten Gegenstände vorgefunden wurden, Franz B jun. und dessen Ehefrau vorgeschrieben sind und weil wegen dieses Umstandes und vermöge der Eigenschaft der gepfändeten Objecte es zweifelhaft erscheint, ob diese Gegenstände ein im Besitze des Executen Franz B sen. befindliches Mobiliarvermögen oder ein Theil des fundus instructus der genannten Wirthschaft seien, und weil es endlich die Sache der um die Vornahme der Pfändung requirirten Vollzugsbehörde ist, dafür Sorge zu tragen, daß diese dem Gesetze gemäß vollzogen werde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung des O. L. G. mit Festhaltung der oberlandesgerichtlichen Gründe und in Erwägung, daß die Bestimmungen des Hofdecr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, auf den vorliegenden Fall nicht Anwendung finden, indem es hier nicht constatirt erscheint, daß die gepfändeten Gegenstände bei der Vornahme der Execution im Besitze des Schuldners angetroffen wurden und vielmehr die Eigenschaft derselben darauf hinweist, daß die der Pfändung unterzogenen Objecte zu dem fundus instructus der Wirthschaft gehören, in deren Besitz sich der Sohn des Schuldners Franz B jun. und seine Gattin befinden; daß Franz B jun. schon bei der Vornahme der Pfändung seinen Besitz hinsichtlich der fraglichen Gegenstände geltend gemacht hat, und daß ungeachtet der Erhebung dieses Anspruches von Seite eines Dritten und ohne Einholung der entsprechenden gerichtlichen Entscheidung über den Executionsstand die Pfändung sofort vollzogen worden ist; daß daher bei dem bestehenden Zweifel über den Umstand, ob die in die Pfändung einbezogenen Gegenstände zur Zeit ihrer Vornahme als im Besitze des Schuldners oder einer dritten Person befindlich anzusehen sind, die gerichtliche Erhebung und Entscheidung darüber im Sinne der obergerichtlichen Verfügung sich allerdings als vollkommen gesetzlich gerechtfertigt darstellt.

Nr. 2921.

Form der Verhandlung über die behauptete Erlöschung eines Executionsrechtes.

Entsch. v. 19. Nov. 1867, Nr. 10026 (Best. des das Decret des B. G. Karolinenthal v. 2. Juni 1867, Nr. 6650, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 19. August 1867, Nr. 22796). G. Z. 1868, Nr. 62.

Das Gesuch des B um Aufhebung der dem A bewilligten Execution wegen inzwischen geleisteter Zahlung wurde vom Gerichte

erster Instanz abgewiesen, weil es nicht angehe, ohne vorliegende und nebenher gehende Klage wegen Behebung der Execution auf das Sistirungsgesuch die Einstellung der Execution zu verfügen.

Dieser Abweisungsgrund wurde von dem obersten Gerichtshof als unstatthaft erklärt, weil der Richter nach Vorschrift des Hofdecretes vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, in dem Falle, als der Execut durch vollkommen beweisende Urkunden das von seinem Gegner verschwiegene spätere Factum, kraft welchem sein Executionsrecht erloschen ist, darzuthun vermöchte, auch ohne eine förmliche Klage über ein mit der gedachten Urkunde belegtes Gesuch nach gepflogener Vernehmung der Parteien durch Bescheid zu erkennen hat, ob es von der ferneren Execution abzukommen habe oder nicht.

Nr. 2922.

Vertretungsbefugniß der Notare im Proceß.

Entsch. v. 19. Nov. 1867, Nr. 10314 (theilweise Abänd. der Decr. des B. G. Dobersberg v. 28. August 1867, Nr. 1756 und des O. L. G. Wien vom 10. Sept. 1867, Nr. 16143). Zeitschr. f. d. österr. Notariat 1868, Nr. 29.

Der oberste Gerichtshof hat aus Anlaß der von dem Notar A als Mandatar überreichten Klage der M'schen Erben, welche von beiden Untergerichten wegen unterlassener namentlicher Anführung der Kläger und weil der als ihr Generalbevollmächtigter einschreitende Notar von der Parteienvertretung ausgeschlossen sei, a limine abgewiesen worden war, erklärt, daß die Abweisung wohl durch den ersten, nicht aber auch durch den zweiten Grund gerechtfertigt sei, weil den Notaren die Parteienvertretung in Streitsachen durch die bestehenden Vorschriften nicht unbedingt, sondern nur insoferne untersagt ist, als sie in den Fällen, wo die Parteien eines Rechtsfreundes sich bedienen müssen, für dieselben nicht einschreiten dürfen und überhaupt aus der Parteienvertretung kein Erwerbsgeschäft machen sollen, hier aber, wo es sich um einen mündlich vor einem Richter auf dem flachen Lande zu führenden Proceß handelt, die Zuziehung eines Advocaten nicht nothwendig und auch nicht ersichtlich ist, daß der Notar A, welcher die Vollmacht der zerstreut wohnenden M'schen Erben zur Abhandlungspflege erhalten hat, aus der Parteienvertretung ein Geschäft macht.

Nr. 2923.

Competenz für Klagen auf Erfüllung des über eine Liegenschaft geschlossenen Kaufvertrages.

Entsch. v. 19. Nov. 1867, Nr. 10349 (Best. des Decr. des B. G. Wiener-Neustadt v. 19. August 1867, Nr. 8295, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 17. Sept. 1867, Nr. 16715). G. H. 1868, S. 55 und 105.

A wurde von dem O. L. G. mit seiner beim forum rei sitae angestellten Klage gegen B auf Herausgabe eines von B ihm verkauften Hauses und Gewährung der bücherlichen Anschreibung gegen Zahlung des vom Kläger noch geschuldeten Kaufschillingsrestes ab- und an die Personalinstanz des Beklagten gewiesen, weil mit der Klage die Uebergabe in den bücherlichen Besitz und die Ausstellung der hiezu erforderlichen Urkunde, somit nur eine Leistung von dem Beklagten gefordert wird (§§. 49—52 J. N.).

Der oberste Gerichtshof bestätigte die aufrechte Klagverbescheidung der ersten Instanz, weil die Klage die Erlangung eines dinglichen Rechtes an einem unbeweglichen Gut zum Gegenstande hat und demnach die Vorschrift des §. 52 J. N. zur Anwendung kommt.

Nr. 2924.

Auslegung eines Vertrages: Verpfändung von Satzposten mit der Bedingung, daß die Afterpfandschuld nur nach Flüssigmachung der Hauptforderung zu zahlen sei.

Entsch. v. 20. Nov. 1867, Nr. 7503 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 28. Dec. 1866, Nr. 154682, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 21. Mai 1867, Nr. 5216). G. Z. 1868, Nr. 2.

A hatte für B mehrere Zahlungen geleistet, und Letzterer mit Urkunde v. 9. Februar 1865 ihm zu seiner Sicherheit für seine diesfällige Forderung von 12.000 fl. das Pfandrecht an mehreren zu seinen, des B, Gunsten auf einem Hause pfandweise einverleibten Forderungen eingeräumt, jedoch zur Zahlung der 12.000 fl. sich erst dann verpflichtet, wenn gedachte Satzforderungen durch Feilbietung des erwähnten Hauses flüssig würden, wobei er es sich jedoch angelegen sein lassen werde, die Feilbietung möglichst zu befördern. Auf Grund dieser Urkunde belangte A am 24. August 1865 den B auf Erwirkung der erwähnten Feilbietung binnen einer vom Gerichte zu bestimmenden Frist, und — bei fruchtloser Verstreichung derselben — auf Zahlung der 12.000 fl. selbst. Er führte dabei an, daß am 9. Februar 1865 schon die von einem Dritten erwirkte executive Feilbietung des Hauses im Zuge war, Geklagter aber, statt sie zu beför-

dern, sie vielmehr verzögert habe, indem er bei selber — 26. Mai 1865 — den Executionsführer, der zugleich Kauflustiger war, bewog, die Feilbietung verschieben zu lassen. Im Verfolge der Verhandlung brachte er auch an, daß für B auf der einen Hälfte des Hauses ein vertragsmäßiges, auf der zweiten ein executives Pfandrecht hafte, somit B in der Lage sei, selbst die Feilbietung zu Stande zu bringen. B entgegnete, daß er den Executionsführer zum Abstehen von der dritten Feilbietung beredete, weil selber nur ein sehr geringes Anbot als einziger Käufer machen wollte, bei welchem die dem A verpfändeten Forderungen ganz leer ausgegangen wären; daß auch bisher sich keine Gelegenheit bot, im Wege eines freiwilligen oder zwangsweisen Verkaufes einen solchen Erlös zu erzielen, daß diese Forderungen berichtigt werden können, was doch durch die Urkunde v. 9. Februar 1865 beabsichtigt gewesen sei; daß er nur versprochen habe, die Beförderung der Feilbietung sich angelegen sein zu lassen, nicht aber letztere zu bewirken; endlich daß Kläger keine Zahlung begehren könne, so lange die Forderungen nicht flüssig geworden seien. Die erste Instanz wies den Kläger ab. Gründe: Der Vertrag muß nach §. 914 a. b. G. B. dahin ausgelegt werden, daß der Geklagte jedenfalls nur eine Feilbietung des Hauses zu befördern hatte, wodurch die fraglichen Satzposten flüssig gemacht, nämlich ausbezahlt werden; denn hierauf war doch die klare Absicht der Compaciscenten gerichtet. Eine Feilbietung herbeizuführen, wodurch die Satzposten leer ausgehen würden, lag gewiß nicht in der Absicht der vertragschließenden Theile. Schon deshalb kann nicht nach §. 904 a. b. G. B. zur Bestimmung einer richterlichen Frist zur Bewirkung der Feilbietung überhaupt geschritten werden. Wenn aber auch jener Erklärung dieser Sinn nicht beizulegen wäre, so will der Kläger mittelst seines Begehrens erwirken, daß der Geklagte nicht blos angehalten werde, die Vornahme der Feilbietung, sondern letztere selbst herbeizuführen. Dazu hat aber der Geklagte in seiner Schulderklärung sich keineswegs verpflichtet, sondern nur sein Bestreben erklärt, die Feilbietung zu befördern. Das Klagebegehren ist daher in dieser Richtung keinesfalls dem Vertrage entsprechend gestellt und konnte nach §. 904 a. b. G. B. zur Bewirkung der Feilbietung kein Auftrag ertheilt werden. Auch der zweite Theil des Klagbegehrens ist nicht in der Schulderklärung begründet, nachdem nach derselben die Zahlung jedenfalls erst dann geleistet werden soll, wenn die verpfändeten Satzposten durch Feilbietung des Hauses flüssig werden. Der Zahlungstermin kann demnach erst nach stattgefundener Feilbietung eintreten. Das O. L. G. verurtheilte den B, binnen acht Monaten die executive Feilbietung zu bewirken, oder nach fruchtlosem Verstreichen dieser Frist die 12.000 fl. zu zahlen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Unbestrittenermaßen hatte der Kläger von dem

Geklagten bereits am 9. Februar 1865 den Betrag von 12.000 fl. zu fordern, worüber dieser ihm die der Klage angeschlossene Urkunde ausstellte. Bei diesem Sachverhalte kann der Sinn der letzteren nur dahin aufgefaßt werden, daß Kläger dem Geklagten gegen Verpfändung der Satzforderungen desselben mit der Zahlung noch zuwarten wolle, bis derselbe durch die Feilbietung des ihm verpfändeten Hauses etwa zu Zahlungsmitteln gelange, welche Feilbietung damals im Zuge war und welche der Geklagte zu befördern versprach. Man kann daher nicht annehmen, daß der Kläger es darauf ankommen lassen wollte, daß die Feilbietung und somit der Zeitpunkt, wo er Zahlung begehren konnte, ganz dem Belieben des Geklagten oder dem Zufalle der Executionsführung eines Dritten anheimgestellt bleibe, sondern der Geklagte hatte sich zu verwenden, daß es zur Feilbietung komme, die er durch seine theils executiv einverleibten, theils pfandrechtlich haftenden Forderungen herbeiführen konnte, und seine Erklärung vom 9. Februar 1865 ist dahin auszulegen, daß er sogleich oder mindestens in einer vom Gerichte zu bestimmenden Frist (§. 904 a. b. G. B.) das Haus zur Feilbietung bringen wolle. Thut er dieses nicht, so ist er des Zahlungsaufschubes, welcher ihm durch Zuwarten mit der richtigen Forderung bis zur Realisirung seiner Satzposten durch Feilbietung des Hauses gewährt wurde, verlustig und er die Zahlung ohne Weiteres zu leisten schuldig. Auch die von der zweiten Instanz bemessene Frist fand der oberste Gerichtshof ganz entsprechend.

Nr. 2925.

Collision des gesetzlichen Pfandrechtes des Bestandgebers mit anderen Pfandrechten: Nachträgliche Ausdehnung des ersteren auf von einem Dritten in der Wohnung des Miethers gepfändete Sachen.

Entsch. v. 20. Nov. 1867, Nr. 9554 (Best. des das Decr. des B. G. Lemberg v. 17. Dec. 1866, Nr. 25631, abänd. Decr. des O. L. G. Lemberg vom 22. Juni 1867, Nr. 14380). G. H. 1868, S. 142.

A, welcher gelegentlich der Ueberreichung seiner Miethzinsklage gegen C die Beschreibung von einem Theil der in der Wohnung des Miethers befindlichen Mobilien erwirkt hatte, begehrte einige Zeit nachher, während des Zinsprocesses, dem B gegenüber, die Ausdehnung seines gesetzlichen Pfandrechtes auf die früher nicht beschriebenen Fahrnißstücke des C, welche B noch vor Anstellung der Zinsklage des A für seine Forderung gegen C im Executionswege gepfändet und in des Letzteren Verwahrung gelassen hatte, und die Einräumung des Vorzuges seines gesetzlichen Pfandrechtes vor dem prätorischen des B.

Das Gericht erster Instanz fand den Beweis des Umstandes, daß diese Mobilien zur Zeit der Ueberreichung der Zinsklage des A in der Wohnung des C vorhanden waren, dadurch hergestellt, daß laut des Protokolles über die auf Anstehen des B vollzogene Pfändung dieselben dem fortan in der Wohnung des A verbliebenen C in Gewahrsam gelassen worden waren, und bewilligte demnach das Gesuch des A, welches vom O. L. G. abgewiesen wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung, weil dieselbe, da überhaupt nicht vorliegt und namentlich aus dem Protokolle der für B vollzogenen Pfändung nicht erhellt, resp. geschlossen werden darf, daß die für B gepfändeten Sachen zur Zeit der Zinsklage des A in der Wohnung des C sich befanden, durch §. 1101 a. b. G. B. und das Hofdecr. v. 5. Nov. 1819, J. G. S. Nr. 1621, gerechtfertigt ist.

Nr. 2926.

Haftung der Badeanstalt für dem Badegaste widerfahrene Entwendungen.

Entsch. v. 21. Nov. 1867, Nr. 9154 (Best. des das Urth. des B. G. Landstraße in Wien v. 12. Juli 1867, Nr. 11194, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 4. Sept. 1867, Nr. 14948). G. Z. 1868, Nr. 58.

A klagte wider die Actiengesellschaft einer Badeanstalt auf Zahlung von 80 fl. 40 kr. als Schadenersatz für eine ihm aus dem versperrten Kästchen der Badecabine entwendete Uhr und Geldbaarschaft. Zur Rechtfertigung seines Anspruches führte der Kläger an, daß eine in der Badeanstalt angeschlagene gedruckte Aufforderung die Badegäste erinnere, sie sollen ihre Werthsachen in dem Kästchen der Auskleidecabine versperren und den Schlüssel entweder selbst bewahren oder dem Badediener geben; daß in jeder Cabine zwei derlei Kästchen vorhanden seien, welche mit einem Schlüssel aufgesperrt werden können, und daß bei der Rückkehr aus dem Bade die obigen Werthgegenstände sammt dem zweiten in der Cabine gewesenen Badegaste verschwunden seien. Die Beklagte widersprach ein Verschulden und bemerkte, daß das Verhältniß blos als Miethe, und die in das Kästchen hinterlegten Sachen nicht als zur Obsorge in die Verwahrung der Anstalt übergeben anzusehen seien; daß die §§. 964, 966 und 970 a. b. G. B. hier nicht anwendbar und eine blos symbolische oder stillschweigende Uebergabe, indem eine physische Uebergabe wohl möglich war, nicht genügend sei; daß durch die Empfangnahme des Schlüssels noch keine Haftung von der Anstalt für Sachen übernommen werde, die gar nicht gesehen werden; daß die in den Cabinen angeheftete Kundmachung blos eine Warnung vor freiem Liegenlassen der Werth-

sachen und das Anerbieten sei, dem Badegaste eine Verlegenheit wegen des Schlüssels zu ersparen; daß in der Gleichartigkeit der Schlüssel kein Verschulden liege und nicht bewiesen sei, daß eben dadurch der Schade entstanden sei, indem die Aufsperrung des Kästchens auch mit einem anderen Werkzeuge als dem Schlüssel des zweiten Badegastes bewirkt worden sein könne, und daß überhaupt das Hineinlegen der verschiedenen Werthsachen mit nichts dargethan ist. — Das Gericht erster Instanz hat das Begehren abgewiesen, weil ein Verwahrungsvertrag nicht vorliege und auch der Beweis fehle, daß gerade daraus, daß der zweite Badegast mit dem Schlüssel zu seinem Kästchen auch jenes des Klägers auf- und zusperren konnte, der Schade des Klägers entstanden sei, und es auch nicht als ein Verschulden der beklagten Gesellschaft angesehen werden könne, daß sie nicht jedes Kästchen mit einem ohne ein ungewöhnliches Hilfsmittel nicht aufsperrbaren Schlosse versah oder die Kästchen dritten Personen ganz unzugänglich machte; weil also nicht dargethan sei, daß der Schade durch die Art des Verschlusses entstand und die Pflicht des Schadenersatzes nur dadurch bedingt sei, daß der Schade aus dem Verschulden der Beklagten entsprungen sei, welches jedoch hier nicht vorliege. — Das O. L. G. hat den Ersatz von dem Beweise durch den zurückgeschobenen Haupteid über die Hinterlegung und Versperrung der Effecten und Uebergabe des Schlüssels an den Diener, dann vom Schätzungseide abhängig gemacht, indem ein Verwahrungsvertrag und Verschulden angenommen und hervorgehoben wurde, daß in Folge der obigen Kundmachung zwischen dem Badegaste und der Badeanstalt ein Verwahrungsvertrag, und zwar nicht nur bezüglich des Schlüssels, sondern auch bezüglich der mit demselben verschlossenen Sachen zu Stande komme (957 a. b. G. B.), und zwar letzteres deshalb, weil es als allgemein verständlich angenommen werden müsse, daß Jeder, der den Schlüssel eines verschlossenen Raumes einem anderen zur Verwahrung übergibt, hiedurch auch die verschlossenen Sachen selbst zur Obsorge übergeben will und weil auch bei Verwahrungsverträgen, mit Rücksicht auf (§. 966 a. b. G. B. eine symbolische Uebergabe gestattet sei; daß daher die beklagte Gesellschaft nach §. 964 a. b. G. B. und nach der unverkennbaren Analogie des §. 970 a. b. G. B. für jeden durch Vernachlässigung der pflichtmäßigen Obsorge dem Badegaste zugegangenen Schaden haftet; daß eine solche Vernachlässigung darin erkannt werden müsse, daß die beiden in einer Cabine befindlichen Kästchen mit demselben Schlüssel geöffnet werden können, da die Anstalt dafür Sorge zu tragen hat, daß der Badegast, wenn er der Aufforderung nachkommt, mit voller Beruhigung seine Sachen im Kästchen zurücklassen könne, und sonst der Zweck, zu welchem die Kästchen bestimmt sind, ganz vereitelt wird, und wenn auch die Badeanstalt nicht verpflichtet ist, für jeden Badegast feuer- und einbruchsichere Cassetten mit sinnreich construirten Schlüsseln zu bestellen, doch wohl soviel gefordert werden

kann, daß die beiden Kästchen einer und derselben Cabine nicht mit dem gleichen Schlosse versehen seien; daß daher auf den obigen Haupt- und Schätzungseid erkannt werden mußte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen.

Nr. 2927.

Verführung zu außerehelichem Beischlaf?

Entsch. v. 21. Nov. 1867, Nr. 9376 (Best. des das Urth. des K. G. Rudolphswerth v. 19. Juni 1866, Nr. 168, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 15. Mai 1867, Nr. 4546). G. Z. 1868, Nr. 60.

Die A klagte wider B auf Anerkennung der Vaterschaft, Alimentation und Ersatz der Entbindungs-, Wochenbetts- und Krankheitskosten. — Das Gericht erster Instanz erkannte bedingt nach dem Begehren. — Das O. L. G. hat das Begehren hinsichtlich der Entbindungs-, Wochenbetts- und Krankheitskosten unbedingt abgewiesen, weil nach §. 1328 a. b. G. B. nur Derjenige, welcher eine Weibsperson verführt, die Kosten der Entbindung und des Wochenbettes zu bezahlen habe, und nach den obwaltenden Umständen sich keineswegs annehmen lasse, daß der Beklagte die Klägerin zum Beischlaf verführt, d. h. durch Versprechungen und Vorspiegelungen verleitet habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil, weil die Klägerin selbst den Umstand angegeben hat, daß sie am Abende der vom Beklagten angeblich mit ihr gepflogenen fleischlichen Beiwohnung, nach dem Abgehen der übrigen Gäste und nach der Entfernung der Kellnerin mit ihm eigenwillig allein im Gastzimmer verblieben war, und weil sie die vom Beklagten vorgebrachte Einwendung, daß sie schon früher ein uneheliches Kind geboren, stillschweigend anerkannt hat, daher unter solchen Verhältnissen von einer Verführung der Klägerin im Sinne des §. 1328 a. b. G. B. und von einer davon abgeleiteten Zahlungsverpflichtung des Beklagten keine Rede sein kann.

Nr. 2928.

Außergerichtliches Geständniß: Erklärung vor der Nachlaßabhandlungsbehörde.

Entsch. v. 21. Nov. 1867, Nr. 9396 (Best. des das Urth. des B. G. Laibach v. 5. Juli 1867, Nr. 10138, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 28. August 1867, Nr. 9297). G. H. 1868, Nr. 50.

A, Uebernehmerin der Verlassenschaft des M, belangte die B als Uebernehmerin der Verlassenschaft des N auf Zahlung des aus

dem Geschäftsverkehre der beiden Erblasser für den M verbliebenen Guthabens von 150 fl. Zum Beweise der Forderung wurde von der A 1. das gerichtliche Protokoll der N'schen Verlaßabhandlung producirt, worin die Erklärung der B, daß sie der A die 150 fl. schuldig sei, enthalten ist, und 2. derselben der Haupteid darüber aufgetragen, daß sie in einem Gespräch mit der Klägerin eingestand, ihr einen Rechnungssaldo von 150 fl. schuldig zu sein und dessen Zahlung versprach. Die erste Instanz erblickte in dem Beleg ad 1 den vollen Beweis der Klagforderung und verurtheilte die B ohne Weiteres zur Zahlung, weil das durch das Abhandlungsprotokoll als öffentliche Urkunde außer Zweifel gestellte Geständniß der B von ihr auf Befragen des Abhandlungsrichters abgelegt wurde, welcher desfalls ein Interesse hatte, die Wahrheit zu erfahren, da er den Schuldenstand der Verlassenschaft kennen mußte, um die reine Verlassenschaft zu entziffern, mithin das Geständniß der B alle gesetzlichen Erfordernisse eines außergerichtlichen (§. 110 a. G. O.) an sich hat. Das O. L. G. begnügte sich nicht damit, weil nur das über Thatsachen, nicht aber das über ein Schuldverhältniß abgelegte Geständniß beweiskräftig sei und erkannte auf den vorhin ad 2 angeführten Haupteid.

In Uebereinstimmung mit der Ansicht des O. L. G. bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil der zweiten Instanz.

Nr. 2929.

Fassung des Haupteides über den Erbschaftsantritt der beklagten Erben.

Entsch. v. 26. Nov. 1867, Nr. 7586 (Best. des das Urth. des B. G. Rovigno v. 9. Februar 1867, Nr. 60, abänd. Urth. des O. L. G. Triest v. 9. Mai 1867, Nr. 1401). Gazz. d. Trib. 1868, Nr. 13. G. Z. 1868, Nr. 15.

A, Gläubiger des verstorbenen M, belangte die sechs Kinder und die Witwe des Verstorbenen auf Zahlung seiner Forderung, und trug ihnen, da sie den Erbschaftsantritt leugneten, den rückschiebbaren Haupteid darüber auf, „daß die Erbschaft des M mit Eingabe vom 1. December 1855 von den sechs belangten Kindern zu gleichen Theilen angetreten worden sei, und daß mit derselben Eingabe die Witwe des M den Nutzgenuß des sechsten Theiles der Erbschaft auf Grund der gesetzlichen Nachfolge angenommen habe“. Auf diesen Eid erkannte die erste Instanz und verurtheilte die Beklagten bedingt zur Zahlung, wogegen das O. L. G. mit Beseitigung des Eides die Klage unbedingt abwies.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Wenn auch für den Eintritt der in den §§. 801

und 802 a. b. G. B. bezeichneten Folgen der Erbserklärung die Annahme derselben von Seite des Richters nicht als nothwendig angesehen und durch den vom Kläger aufgetragenen Haupteid die Thatsache der von den Beklagten vor dem zuständigen Abhandlungsgerichte abgegebenen Erbserklärung zur Verlassenschaft des M erweislich sein würde, so wäre damit noch immer nicht bewiesen, daß die Beklagten den Verstorbenen vorstellen, weil aus ihrer angeblichen Erbserklärung (nach der Fassung des Haupteides) nicht zu entnehmen ist, ob dieselbe mit den Erfordernissen der §§. 799 und 800 a. b. G. B. versehen war, ohne welche sie nach §. 122 des Gesetzes v. 9. August 1854 vom Richter hatte zurückgewiesen werden müssen.

Nr. 2930.

Verbot: Unzulässigkeit des Nachweises der Forderung durch Zeugen. Bescheinigung der Gefahr.

Entsch. v. 26. Nov. 1867, Nr. 10466 (Best. des das Decr. des B. G. Cilli v. 3. Sept. 1867, Nr. 8977, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 24. Sept. 1867, Nr. 10981). G. Z. 1868, Nr. 30.

A hatte den B auf Zahlung eines Kaufschillings belangt, und die in Folge Beiurtheils vernommenen zwei Zeugen hatten die Anerkennung der Forderung des A durch B bestätigt. Nun bat A um Verbot auf eine dem B bei einem Dritten zustehende Forderung, weil B nicht in der Provinz wohnhaft sei und außer dieser Forderung kein Vermögen besitze, welches Verbot in erster Instanz ohne Weiteres bewilligt wurde, in zweiter jedoch nur gegen Caution, in der Erwägung, daß der Verbotswerber keine seine fragliche Forderung ausweisenden Urkunden beigebracht hat, indem Zeugenverhöre, worüber erst das Enderkenntniß erfolgt, selbstverständlich als solche nicht anzusehen sind, demnach eine bedingungslose Bewilligung gesetzlich nicht gerechtfertigt werden kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung, da das Gesetz im §. 284 a. G. O. zur Bewilligung des Verbotes die Beibringung von Urkunden fordert, welche die Forderung vollständig beweisen, dieser Vorschrift des Gesetzes durch die vorgelegten Zeugenaussagen nicht entsprochen, übrigens aber auch der Bedingung des §. 283 a. G. O. durch die bloße Angabe, daß der Schuldner kein zur Berichtigung der eingeklagten Forderung hinlängliches Vermögen besitze, mit Rücksicht auf das Hofdecr. v. 15. Jänner 1789, J. G. S. Nr. 954, nicht genügt ist.

Nr. 2931.

Verantwortlichkeit des Richters für gesetzwidrige Entscheidungen, welche der Betheiligte nicht angefochten hat?

Entsch. v. 26. Nov. 1867, Nr. 10563 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Zara v. 26. Sept. 1867, Nr. 3987). G. Z. 1868, Nr. 15.

In einem summarisch verhandelten Rechtsstreit trug der Kläger dem Beklagten einen referiblen Haupteid auf; der Delat unterließ, sich zu erklären, ob er den Eid annehme oder zurückschiebe. Anstatt nach §. 36 des Gesetzes über den summarischen Civilproceß nur auf den Eid des Delaten zu erkennen, behandelte das Gericht erster Instanz in seinem Urtheil den Eid als rückschiebbar. Auf die Appellation des Beklagten wurde vom O. L. G. das klägerischerseits nicht angefochtene Urtheil mit Berufung auf den citirten §. 36 aufgehoben, dem Gericht erster Instanz die Fällung eines neuen Erkenntnisses aufgetragen und nach §. 345 westgal. G. O. der Ersatz der den Parteien durch die Verzögerung verursachten Schäden und Unkosten auferlegt.

Gegen diesen letzten Punkt recurrirte das Gericht erster Instanz an den obersten Gerichtshof, welcher die Verfällung desselben zum Schaden- und Kostenersatz in der Erwägung beseitigte, daß durch die irrige Anwendung des Gesetzes an sich noch nicht jenes offenbare Verschulden begründet wird, welches im §. 345 westgal. G. O. vorausgesetzt ist, um dem Richter den Schaden- und Kostenersatz auftragen zu müssen; daß nach §. 3 der kais. Verordn. v. 12. März 1859, R. G. Bl. Nr. 46, der Richter für Entscheidungen in Parteisachen, in welchen die Beschädigten durch Rechtsmittel den erlittenen Nachtheil selbst hätten abwenden oder dessen Gutmachung bewirken können, nicht verantwortlich ist; daß der vom O. L. G. angeführte Nullitätsgrund in der erstgerichtlich dem Beklagten eingeräumten Befugniß zur Zurückschiebung des ihm aufgetragenen Haupteides besteht, der Kläger aber in der Lage war, durch Ergreifung der Appellation den Gegner dieser Befugniß zu entkleiden, mithin, da er es bei dem erstgerichtlichen Erkenntnisse bewenden ließ, der Richter dafür nicht zur Verantwortung gezogen werden durfte.

Nr. 2932.

Novation einer Liedlohnsforderung: Einfluß auf die Competenz.

Entsch. v. 26. Nov. 1867, Nr. 10606 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Innsbruck v. 1. August 1867, Nr. 2285). G. Z. 1868, Nr. 16. G. H. 1868, S. 91.

A belangte seinen vormaligen Dienstherrn B auf Zahlung von 40 fl. Aus der Streitverhandlung ergab sich, daß der Beklagte,

welcher den Kläger für $5^1/_2$ Monate als Dienstboten aufgenommen hatte, nach Verlauf von 40 Tagen seit dem Eintritt des A demselben den Antrag machte, einen Gulden für jeden Tag der abgelaufenen Dienstzeit zu zahlen, wenn er bereit wäre, sofort aus dem Dienste zu treten und daß der Kläger Tags darauf ohne Weiteres das Haus seines Dienstgebers verließ. Dieser Sachverhalt liegt dem Klaganspruch des A zum Grunde. Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagbegehren unter der Bedingung, daß der Kläger mit dem Erfüllungseid beschwöre, vom Beklagten nach 40 Tagen mit dem Versprechen der Zahlung von 1 fl. per Tag für die in seinem Dienst zugebrachte Zeit verabschiedet worden zu sein. Auf die Appellation des Beklagten wurde vom O. L. G. mit Berufung auf die provisorische Dienstbotenordnung für Tirol und Vorarlberg, vom 14. März 1857 (Landesregierungsblatt für Tirol und Vorarlberg II. Abtheilung, Nr. 6), §. 41, wonach „Streitigkeiten zwischen Dienstgebern und Dienstboten, welche aus dem Dienstverhältnisse oder dem Lohnvertrage hergeleitet und während des Bestandes des Dienstverhältnisses oder wenigstens vor Ablauf von 30 Tagen, seit das Dienstverhältniß aufgehört hat, angebracht werden, von der politischen Behörde zu verhandeln und zu entscheiden sind, und nur Streitigkeiten, die nach Verlauf dieser Frist erhoben werden, zur ordentlichen Amtshandlung der Gerichtsbehörden gehören", — die bereits am 22. Tage nach dem Dienstaustritt des A angebrachte Klage unter Aufhebung des erstgerichtlichen Urtheils und des ganzen Streitverfahrens ab- und der Kläger angewiesen, seine Ansprüche vor der zuständigen Gemeindebehörde geltend zu machen.

In Erwägung jedoch, daß die von A begehrten 40 fl. nicht eine reine Liedlohnsforderung, sondern die Geldsumme darstellen, welche der Beklagte angeblich opfern wollte, um sich sofort des Klägers als Dienstboten zu entledigen, daß demnach die angebrachte Klage sich nicht auf einen Lohnvertrag gründet und folglich auch nicht der Norm des §. 41 der citirten Dienstbotenordnung zu unterstellen ist, sondern zur Competenz der Gerichtsbehörde gehört — hat der oberste Gerichtshof auf den Recurs des Klägers — in Uebereinstimmung mit der über die Competenzfrage eingeholten Ansicht des Ministeriums des Innern — den obergerichtlichen Erlaß aufgehoben und der zweiten Instanz die meritorische Proceßentscheidung aufgetragen.

Nr. 2933.

Ersatz des durch eine Sequestration zugefügten Schadens.

Entsch. v. 27. Nov. 1867, Nr. 9701 (Abänd. der Urth. des B. G. Kufstein v. 25. März 1867, Nr. 72 und des O. L. G. Innsbruck v. 4. Juli 1867, Nr. 1636). G. Z. 1868, Nr. 29.

B hatte wider A eine Klage angebracht, weil derselbe ihn durch Eingriffe in einen von ihm factisch benützten Steinbruch in seinem Besitze gestört hatte, dabei obgesiegt und, weil A fortfuhr, daselbst Steine zu brechen und sich zuzueignen, auch die Sequestration des Steinbruches und der noch vorhandenen Steine erwirkt. Zugleich hatte er mit Klage die Anerkennung seines ausschließlichen Rechtes des Steinbrechens begehrt, womit er zwar in erster und zweiter Instanz obsiegte, jedoch in dritter Instanz sachfällig wurde. Nun belangte A den B auf Ersatz des Schadens, welcher ihm durch die Sequestration, die sich jetzt als nicht im Rechte begründet darstelle, zugefügt wurde, und des entgangenen Gewinnes. — Die erste Instanz erkannte auf mehrere Beweise zur Ermittelung des Schadens. — Das O. L. G. verurtheilte den B ohne Weiteres zum Schadenersatz. Gründe: Die Sequestration wurde nicht im Sinne des §. 387 westgal. (§. 292 a.) G. O., wegen streitigen factischen Besitzes, der ja im Besitzstörungsverfahren bereits dem B zugesprochen war, sondern im Sinne des §. 388 westgal. (§. 293 a.) G. O. bewilligt, indem B damals mit Klage das zu jener Zeit von dem heutigen Kläger besessene Steinbruchsrecht selbst in Anspruch nahm. Während die Sequestration aus dem §. 387 gegen den unterlegenen Sequestrationswerber keinen Anspruch auf Schadenersatz begründet, weil, so lang der Besitz, der dadurch momentan beiden Theilen entzogen wird, streitig ist, auch kein Theil auf die aus dem ruhigen Besitz allein entspringenden Vortheile Anspruch hat, wird durch die Sequestration nach §. 388 Derjenige, der im Besitze der sequestrirten Sache sich befand und — nach dem Ausspruche des später erfochtenen Erkenntnisses — daran wirklich Eigenthumsrecht hat, des Genusses derselben während der Dauer dieser Maßregel beraubt. In diesem Sinne spricht auch das Gesetz im gedachten Paragraph selbst das Recht des Geklagten zum Schadenersatze, im Falle als der Sequestrationswerber in der Hauptsache unterliegt, aus und es kann der §. 1305 a. b. G. B., welcher anordnet, daß Derjenige, der innerhalb der gesetzlichen Schranken von seinem Rechte Gebrauch macht, den für einen anderen daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten habe, nicht für die entgegengesetzte Ansicht geltend gemacht werden, welche nur bei einem Verschulden des Sequestrationswerbers, d. h. beim Bewußtsein des Unrechts seiner Ansprüche im Momente, als er die Sequestration ansuchte, das Schadenersatzrecht zugestehen wollte. Denn der durch das rechtskräftige Urtheil begründete Rechts-

spruch wirkt nach allgemeinen und im bürgerlichen Gesetzbuche an vielen Stellen, z. B. §§. 338, 824, 1334 rc. ausdrücklich anerkannten Grundsätzen auf den Zeitpunkt des begonnenen Rechtsstreites in der Art zurück, daß das mit Urtheil ab= oder zugesprochene Recht bereits zur Zeit der Klaganstellung bestand oder nicht bestand und der später unterliegende Kläger sich nicht in den rechtlichen Schranken bewegte, wenn er, obgleich noch im Stadium des streitigen Rechtes, durch eine Sequestration den später als rechtlich erkannten Besitz des Gegners unterbrach. War aber die Handlung eine widerrechtliche und willkürliche, wie bei dem auf Bewilligung der Sequestration gerichteten ausdrücklichen Begehren nicht gezweifelt werden kann, so folgt schon, abgesehen vom §. 388 westgal. G. O., die Schadenersatzpflicht aus den §§. 1294 und 1306 a. b. G. B.; und die Frage, ob bei Anstellung der der Sequestration zu Grunde liegenden Klage der bezügliche Kläger seines Unrechtes sich bewußt war oder nicht, ist nur für den Umfang der Schadenersatzpflicht, ob blos Schadloshaltung oder Genugthuung, je nach dem Umfange des dolus oder der culpa geleistet werden muß, entscheidend. Die Ersatzpflicht des B war daher auf den wirklichen Schaden zu beschränken, da dem Geklagten, zu dessen Gunsten im Hauptstreite das erst- und zweitrichterliche Urtheil erfloß, sicher kein, wenn auch noch so geringer Grad des dolus zur Last gelegt werden kann.

Auf die a. o. Revisionsbeschwerde des B wies der oberste Gerichtshof das Klagbegehren ganz zurück aus folgenden Gründen: Dem B ist zwar im summarischen Besitzstörungsstreite der factische Besitz des Steinbruches zuerkannt worden; aber er war, insoweit es sich um das Recht selbst oder um ein stärkeres Recht zum Besitz des Steinbruches handelte, genöthigt, im ordentlichen Proceßwege aufzutreten, was er that. Das Recht selbst zum Besitz des Steinbruches war daher zwischen den Parteien streitig. Durch das eigenmächtige Gebahren des Klägers mit den Steinen während des Besitzstörungsprocesses und durch die Beseitigung von Steinen trotz der Androhung von Zwangsmaßregeln sah B sich veranlaßt, die Sequestration des Steinbruches und der schon gebrochenen Steine zu begehren, die ihm auch nach §§. 387 und 388 westgal. G. O. bewilligt wurde. Nach dessen Abweisung im erwähnten petitorischen Rechtsstreit erhebt nun der Kläger Ansprüche auf Schadenersatz, die rechtlich nicht begründet sind, es mag die Sequestration nach §. 387 oder nach §. 388 westgal. G. O. verhängt worden sein. Nach §. 387 ist vom Schadenersatzanspruch gegen den im Proceß unterliegenden Sequestranten überhaupt nicht die Rede und was den §. 388 anbetrifft, so kann der Geklagte zum Ersatz des entgangenen Gewinnes deswegen nicht verurtheilt werden, weil ihm böswillige Proceßführung gegen den Kläger im Sinne des §. 1324 a. b. G. B. nicht zur Last fällt, da ihm die gleichförmigen Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz zur

Seite stehen und die Sequestration ihm von beiden Untergerichten bewilligt wurde, und weil andererseits, wenn etwa der Sequester seine Pflichten nach §. 392 westgal. G. O. irgendwie vernachlässigt hat, dem Beklagten desfalls kein Verschulden zur Last gelegt werden und deshalb dem Kläger ein Schadenersatzanspruch um so minder zustehen kann, als derselbe nach §§. 392 und 393 westg. G. O. auf die Verwaltung des Sequesters Einfluß zu nehmen berechtigt war.

Nr. 2934.

Wiedereinsetzung wegen Verschuldens des Vertreters: Unterlassung der Heranziehung eines Vertretungsleisters.

Entsch. v. 27. Nov. 1867, Nr. 9958 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 14. Juni 1867, Nr. 159490, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 14. Aug. 1867, Nr. 12473). G. H. 1868, S. 74.

In dem Proceß der Firma A wider das Speditionshaus B wegen Ersatz des Werthes von Frachtgütern wurde auf den dem beklagten Haus aufgetragenen und von einem offenen Gesellschafter desselben negativ abzuschwörenden Haupteid erkannt, daß die Frachtgüter dem C zur Spedition an die Firma A übergeben worden seien. Gegen dieses Urtheil begehrte nun das beklagte Haus wegen mangelhafter Vertretung durch seinen Advocaten die Restitution zu dem Ende, damit die Ableistung des sententionirten Haupteides durch den C gestattet werde, welcher von dem beklagten Haus — erst in seiner Beweiseinrede — als Vertretungsleister im Proceß angezeigt worden war. — Die erste Instanz verweigerte die Restitution vornehmlich aus dem Grunde, weil der Rechtsfreund des Hauses B, indem er sich an die desfalls mangelhafte Information seines Clienten hielt, keinen Anlaß zu weiterer Nachforschung haben konnte, ob C die Frachtgüter empfangen habe und daher den verspäteten Eintritt des C als Vertretungsleister des Beklagten nicht verschuldet hat. — Das O. L. G. bewilligte die Restitution.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil bei der im Absatz 2 des Patentes vom 1. Juli 1790, J. G. S. Nr. 31, dem Richter eingeräumten freien Beurtheilung des Grundes oder Ungrundes der von der Partei wegen Benehmens ihres Rechtsfreundes begehrten Wiedereinsetzung nicht außer Betracht gelassen werden kann, daß die Erörterung und Feststellung der proceßentscheidenden Thatsachen und die Ausmittlung der zu Gebot stehenden Beweismittel nicht von der rechtsunkundigen Partei zu erwarten, sondern die Aufgabe ihres Rechtsfreundes ist, welcher somit sich nicht auf ihre Information beschränken darf, vielmehr selbst die Sache nach jenen Richtungen zu untersuchen und die Informationsaufnahme dar-

nach einzurichten hat, weshalb im vorliegenden Falle es weniger dem Verschulden des Speditionshauses B als einem Versäumniß seines Advocaten beizumessen ist, daß bezüglich des wesentlichen Umstandes, ob die in Verlust gerathenen Frachtgüter dem C übergeben wurden, von der Vertretungsleistung durch den Letzteren nicht zur gehörigen Zeit und am gehörigen Orte Gebrauch gemacht wurde; weil ferner nicht außer Betracht gelassen werden kann, daß, wenn auch die klagende Firma A nicht mehr in der Lage war, im Proceß über die von B erst in der Beweiseinrede angebrachte Vertretungsleistung des C sich zu äußern und andere Beweismittel für ihre Klaganführung vorzubringen, andererseits die Zulassung des C zur Abschwörung des sententionirten Haupteides sie nicht hindert, von dem im §. 231 a. G. O. und im Hofdecr. v. 30. October 1788, J. G. S. Nr. 911, bezeichneten Rechtsmittel Gebrauch zu machen, falls sie, um der Eidesleistung durch C zu begegnen, Beweismittel für das Gegentheil dessen, was C beschwören soll, beizubringen vermag.

Nr. 2935.

Unzulässigkeit des Anspruches auf Schmerzengeld bei Mißhandlungen, die keine Verletzung bewirkten.

Entsch. v. 27. Nov. 1867, Nr. 10367 (Best. des das Urth. des B. G. Krynica v. 9. März 1866, Nr. 3218, abänd. Urth. des L. L. G. Krakau v. 31. Oct. 1866, Nr. 16904). G. Z. 1868, Nr. 50.

Die A wurde von B thätlich mißhandelt. Diese Mißhandlung hatte jedoch keine Verletzung am Körper zur Folge, und wurde daher B vom Strafgericht nicht der Uebertretung gegen die körperliche Sicherheit, sondern nur der Uebertretung gegen die Sicherheit der Ehre nach §. 496 St. G. schuldig erkannt. — Nichtsdestoweniger klagte die A wider B auf Zahlung eines Schmerzengeldes. — Das Gericht erster Instanz hat gegen den Schätzungseid der A dem Begehren stattgegeben, welches in zweiter Instanz unbedingt abgewiesen wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: Der §. 1325 a. b. G. B. setzt eine solche Beschädigung voraus, wodurch eine Verletzung am Körper erfolgt ist und wo zugleich Kosten aus Anlaß der Heilung erwachsen sind, was nothwendigerweise voraussetzt, daß die Verletzung eine den Gesundheitszustand benachtheiligende sein müsse, in welchem Falle der Ersatz der Heilungskosten, dann des entgangenen Verdienstes, endlich ein den Umständen angemessenes Schmerzengeld gefordert werden kann. Hieraus ergibt es sich, daß das Schmerzengeld nicht anläßlich jeder geringfügigen Gewaltanwendung gegen eine Person gefordert werden kann.

Nachdem nun gemäß des Strafurtheils die Uebertretung nach §. 496 St. G. als bestehend angenommen und der Beklagte derselben für schuldig gehalten und wider ihn blos die Strafe des 24stündigen Arrestes verhängt worden ist; nachdem hiernach die Mißhandlung, welche Beklagter zugesteht, nur eine geringfügige gewesen ist, welche nicht einmal Merkmale zurückgelassen haben konnte, da die Verurtheilung sonst nach einem anderen Paragraph des St. G. B. hätte Platz greifen müssen; nachdem endlich durchaus keine Umstände geboten sind, aus welchen sich der Grad der von der Klägerin erlittenen Schmerzen ermessen ließe, so ist von dem O. L. G. ganz gegründet ihre Abweisung mit dem angesprochenen Schmerzengelde erfolgt.

Nr. 2936.

Einfluß der Verpachtung der ganzen Sache auf eine frühere Verpachtung eines Theiles derselben.

Entsch. v. 27. Nov. 1867, Nr. 10746 (Aufheb. der Urth. des B. G. Wieden in Wien v. 19. Oct. 1867, Nr. 21994 und des O. L. G. Wien v. 6. Nov. 1867, Nr. 20306). G. H. 1868, S. 242.

C hatte in seinem Hause die Wirthshauslocalitäten dem B und darauf das ganze Haus dem A verpachtet, welcher nun dem B den mit C geschlossenen Bestandvertrag aufkündigte. Gegen die Kündigung erhob B die Einwendung, daß C unter der — bisher erfüllten — Bedingung der pünktlichen Zinszahlung versprochen habe, ihm niemals zu kündigen. — Das Gericht erster Instanz erhielt die Kündigung aufrecht. Gründe: Durch die Verpachtung des ganzen Hauses an A hat dieser das volle Gebrauchsrecht daran, mithin auch das Recht erworben, den im Hause befindlichen Parteien in der gesetzlichen Frist aufzukündigen. Als Pächter des ganzen Hauses erscheint A, was dieses sein Gebrauchsrecht anbetrifft, als neuer Besitzer und deshalb kommt der §. 1120 a. b. G. B. per analogiam hier zur Anwendung, so daß B das ihm gegen C zustehende Pächterrecht, da es in dem Grundbuch nicht eingetragen ist, dem A gegenüber nicht geltend machen kann. — Das O. L. G. erkannte auf den Rückerlag der Aufkündigung wegen mangelnder Legitimation des A zur Kündigung, weil nach §. 1120 a. b. G. B. B einem neuen Besitzer der Bestandsache nur dann zu weichen hätte, wenn dieselbe ihm nicht nur veräußert, sondern auch übergeben worden ist, von A jedoch die an ihn geschehene Uebergabe des Hauses nicht einmal behauptet wurde.

Auf die Revisionsbeschwerde des A, worin er unter Anderem gegen die obergerichtliche Begründung vorbrachte, daß B im Proceß den Mangel des Aufkündigungsrechtes gar nicht eingewendet habe, wurde vom obersten Gerichtshofe in Erwägung, daß durch die Ver-

pachtung des ganzen C'schen Hauses auch das Kündigungsrecht an A übergegangen ist; daß aber C kein unbeschränkteres Kündigungsrecht, als ihm selbst zustand, auf A übertragen konnte, mit Aufhebung der untergerichtlichen Urtheile die Ergänzung des (summarischen) Verfahrens durch Aufnahme des Zeugenbeweises über das angebliche Versprechen des C, nicht zu kündigen, und sodann die Fällung eines neuen Urtheils angeordnet.

Nr. 2937.
Emancipatio Saxonica.

Entsch. v. 3. Dec. 1867, Nr. 10595 (Best. der Decr. des B. G. Vöcklabruck v. 20. Sept. 1867, Nr. 3931 und des O. L. G. Wien v. 22. Oct. 1867, Nr. 19487). G. H. 1868, S. 100.

Im Schlußartikel des schriftlichen Vertrages, mit welchem der 21jährige A unter Intervention seines Vaters ein Haus kaufte, erklärte der Letztere, daß er dem minderjährigen Sohne und Käufer die Führung einer eigenen Haushaltung gestatte. Darauf begehrte A die Intabulation seines Eigenthumes an dem Haus, welche aber von allen drei Instanzen wegen Mangels der curatelgerichtlichen Vertragsgenehmigung verweigert wurde. In den oberstgerichtlichen Motiven heißt es: Der Sinn der Schlußbestimmung des §. 174 a. b. G. B. („wenn der Vater....die Führung einer eigenen Haushaltung gestattet") ist der, daß Derjenige, welcher nach zurückgelegtem 20. Lebensjahre mit Gestattung seines Vaters eine eigene Haushaltung führt, als selbständiger, von der Leitung des Vaters unabhängiger Führer eines eigenen Hauswesens, auch ohne Intervention des Gerichtes und ohne ausdrückliche und besondere Emancipation für ausgetreten aus der väterlichen Gewalt und für befähigt zu betrachten ist, giltige Verpflichtungen ohne die nach §. 152 a. b. G. B. außerdem erforderte Einwilligung des Vaters, resp. des Gerichtes zu übernehmen. Der Schlußartikel der vorgelegten Urkunde enthält aber in seiner Wesenheit die ausdrückliche Entlassung des A aus der väterlichen Gewalt zum Behufe der unabhängigen endgiltigen Abschließung eines Kaufvertrages über ein Haus, in welchem der Sohn eine selbständige Wirthschaft erst zu errichten und zu führen hätte.

Nr. 2938.

Executivproceß: Beibringung der Originalurkunde als Voraussetzung der Sicherstellungsexecution.

Entsch. v. 3. Dec. 1867, Nr. 10784 (Best. des Decr. des L. G. Wien vom 20. Sept. 1867, Nr. 41746, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 15. Oct. 1867, Nr. 18700). G. H. 1868, S. 188 und 208.

Bei der auf die Klage des A wider B pto. Zahlung von 1692 fl. nach §. 298 a. G. O. und Hofdecr. vom 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, abgehaltenen Tagfahrt begehrte A die Execution zur Sicherstellung, ohne das Original der sein Klagrecht begründenden Urkunde nach ausdrücklichem Verlangen des B produciren zu können. In erster Instanz wurde das Gesuch des A mit Bezugnahme auf die Rechtskraft des den Executivproceß einleitenden Klagbescheides bewilligt, wogegen das O. L. G. den Kläger zur Zeit abwies, weil die Abschrift der Urkunde zwar zur Einleitung des Executivprocesses hinreichte, nicht aber zur Bewilligung der begehrten Execution genügt, wenn — wie hier — der Gegner auf die Vorlage der Urschrift dringt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung aus deren Gründen.

Nr. 2939.

Pfändung von Objecten, welche der Käufer in dem Gewahrsam des Executen belassen hat.

Entsch. v. 4. Dec. 1867, Nr. 9146 (Best. der Urth. des B. G. Vöcklabruck v. 21. Februar 1867, Nr. 683 und des O. L. G. Wien v. 27. August 1867, Nr. 13284). G. H. 1868, S. 71.

Die Klage des A wider B wegen Unwirksamkeit der dem Beklagten, als Gläubiger des C, bewilligten und vollzogenen executiven Pfändung von Mobilien gründete sich auf die Anführung des Klägers, die Mobilien vor der Executionsführung von C gekauft und demselben zur Benutzung in der Innehabung belassen zu haben. A wurde von beiden Untergerichten abgewiesen wegen des auf den Widerspruch des B von ihm nicht erbrachten Beweises des noch vor der Pfändung erworbenen Eigenthums.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidungen mit Bezugnahme auf die untergerichtlichen Motive und in weiterer Erwägung, daß A, sowie er nach §. 367 a. b. G. B. in Betreff der von B gepfändeten Fahrniß nicht die Eigenthumsklage erheben könnte, weil er sie dem Executen C anvertraut hat, auch nicht zur Klage auf Unwirksamkeit der daran vollzogenen Pfändung berechtigt ist, weil der §. 456 a. b. G. B. diese Klage mit Beziehung auf den §. 367 ausschließt.

Nr. 2940

Erwerb einer Hypothekarforderung im Vertrauen auf das öffentliche Buch

Entsch. v. 4. Dec. 1867, Nr. 9302 (Best. der Urth. des B. G. Urfahr vom 15. April 1867, Nr. 2215 und des O. L. G. Wien v. 28. August 1867, Nr. 12800). G. H. 1868, S. 116. (Nach den Acten ergänzt.)

Eine Satzforderung des C gegen B wurde im Executionswege feilgeboten, von A erstanden, demselben eingeantwortet und dessen Intabulation vollzogen. Hierauf belangte A den B mit der persönlichen Klage um Zahlung der Forderung. Der Beklagte wendete dagegen ein: 1. die von ihm noch dem C geleistete Zahlung von 300 fl. auf Abschlag der Schuld und 2. im Compensationswege eine Gegenforderung an C von 342 fl. aus Zahlungen, die dem C oblagen und an dessen Stelle von B geleistet wurden. Von beiden Untergerichten wurde mit Abweisung der vorgebrachten Einwendung dem Klagbegehren vollständig stattgegeben. Dagegen ergriff B die a. o. Revisionsbeschwerde, welche vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen verworfen wurde: Ad 1. Eine Satzpost kann in ihrem vollen Betrag gegen den Satzgläubiger in Execution gezogen, gerichtlich verkauft und erstanden werden, so lang sich aus dem öffentlichen Buch nicht ergibt, daß dieselbe ganz oder theilweise cedirt, ganz oder theilweise in Folge geleisteter Zahlung *wirklich* gelöscht worden ist. Der Beklagte mußte nun aber zugestehen und ist auch durch den vom Kläger producirten Grundbuchsextract ausgewiesen, daß die feilgebotene und von dem Letzteren erstandene Forderung weder ganz noch zum Theil gelöscht war, ja daß die dem Beklagten vom B. G. Urfahr ein Jahr vor der Feilbietung bewilligte Pränotation der Löschung eines Betrages von 300 fl. im Grundbuch nicht eingetragen worden ist, daher auch von dem Ersteher der Forderung diese Pränotation aus dem Grundbuche nicht entnommen werden konnte. Wenn nun der Beklagte erachtet, diesen Mangel dadurch beseitigen zu können, daß er sich auf den Ministerialerlaß v. 29. October 1852, R. G. Bl. Nr. 219, beruft, wonach die wörtliche Eintragung der Bescheide in das öffentliche Buch nicht nothwendig ist, und daß dem Ersteher obgelegen wäre, den die Pränotation bewilligenden Bescheid in der Urkundensammlung einzusehen, so findet seine Ausführung in dem citirten Gesetz selbst ihre Widerlegung, da §. 1 desselben erklärt, daß die Umstände, die nach §. 4 der (dadurch erläuterten) kaiserl. Verord. v. 16. März 1851, R. G. Bl. Nr. 67, zur Vollständigkeit des Bescheides gehören, in das öffentliche Buch einzutragen sind, zu diesen Umständen aber die, wenn auch nur bedingte Bewilligung einer Löschung sicher gehört. Maßgebend für Jedermann bleibt übrigens nur der Stand des öffentlichen Buches und Niemand ist verpflichtet, in der Urkundensammlung nachzuforschen, ob aus den dort aufbewahrten Bescheiden Rechte sich ergeben, die im

Grundbuch nicht erschienen. Auch der Richter konnte bei der Fällung seines Urtheils nicht die Pränotation der Löschung annehmen, da dieselbe aus dem ihm vorgelegten Grundbuchsextract sich nicht ergab. Wenn der Beklagte überdies behauptete, daß dem Kläger die Theilzahlung bekannt gewesen sei, daß er somit die feilgebotene Forderung nicht in gutem Glauben erstanden habe, so war auf diese Anführung kein Bedacht zu nehmen, weil sie der Beklagte gegen den Widerspruch des Klägers nicht bewiesen hat. Ad 2. Die Gegenforderung von 342 fl. kann der Beklagte nur gegen C geltend machen und mit derselben nur eine Forderung des C compensiren; die eingeklagte Forderung gehört aber dem Kläger A, welchem sie nach Erlag seines Meistgebotes ausdrücklich lastenfrei eingeantwortet worden ist. Das Compensationsrecht des Beklagten war bei der versteigerten Satzpost zwar pränotirt, allein diese Vormerkung kann nur die Wirkung haben, daß der Beklagte seinen Anspruch auf den Betrag, um welchen die Satzpost veräußert worden ist, geltend machen kann; er kann aber nicht die Zahlung — mittelst Compensation — aus einer Sache fordern, aus der er eine Zahlung zu beanspruchen überhaupt nicht mehr berechtigt ist.

Nr. 2941.

Executivproceß zur Einbringung einer zur Zeit der Klage noch nicht fälligen Forderung.

Entsch. v. 4. Dec. 1867, Nr. 10650 (Best. des Decr. des B. G. der inneren Stadt Wien v. 23. August 1867, Nr. 25864, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 1. October 1867, Nr. 17871). G. H. 1868, S. 143.

In der Klage des A wider B pto. Zahlung von 420 fl., die B laut des vorgelegten Schuldscheines nach vorgängiger vierteljähriger Aufkündigung versprochen hat, war das Begehren auf Zahlung binnen 3 Monaten und 14 Tagen gestellt, da die Klage selbst erst die bedungene Aufkündigung enthielt, und wurde vom Kläger die Einleitung des Executionsprocesses nach §. 298 a. G. O. und Hofdecr. v. 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, angesucht. Das Gericht erster Instanz verbeschied aber die Klage nach §. 16 a. G. O. wegen nicht eingetretener Fälligkeit der Forderung. Das O. L. G. gab dem Gesuch des Klägers statt, weil bei dem Umstand, daß der in dem Petit bezeichnete Zahlungstermin der im Schuldschein bedungenen Kündigungsfrist entspricht, es eines weiteren Nachweises für die Fälligkeit der eingeklagten Forderung nicht bedarf.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen Bescheid, weil, wenn der Fall zur Einleitung des Executionsprocesses geeignet sein soll, dem Kläger eventuell die Execution zur Sicherstellung müßte bewilligt werden können, welche aber bei der noch nicht eingetretenen Fälligkeit der Forderung nicht zulässig wäre.

Nr. 2942.

Bedingtes Rentenlegat: Sicherstellung desselben.

Entsch. v. 10. Dec. 1867, Nr. 9316 (Best. des das Urth. der Prätur Pergine v. 26. Dec. 1866, Nr. 3295, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck vom 21. Mai 1867, Nr. 1443). G. Z. 1868, Nr. 21.

M setzte seinen Sohn B zum Universalerben ein und bedachte seine minderjährige und taubstumme Nichte A mit einem Rentenlegate jährlicher 10 fl. für den Fall, daß sie B aus seinem Hause entfernen würde. Auf Grund dieser letztwilligen Verfügung belangte der Vertreter der Legatarin, welche fortan im Hause des Erben lebt, den Letzteren auf Sicherstellung des Rentenlegates oder des der Rente entsprechenden Capitalbetrages von 200 fl.

In Uebereinstimmung mit dem O. L. G. hat der oberste Gerichtshof dem in erster Instanz abgewiesenen Klagbegehren in der Erwägung stattgegeben, daß das von M seiner minderjährigen, taubstummen Nichte A zugedachte Legat jährlicher 10 fl. auf den Fall eingeschränkt ist, wenn sein Erbe sie aus dem Hause entfernen wollte, daß diese Einschränkung bei der Ungewißheit, ob der gesetzte Fall eintreten werde, nach §. 704 a. b. G. B. als eine Bedingung anzusehen ist, von deren Eintritt die Wirksamkeit des Legates abhängt, daß auch bedingte Rechte und Forderungen Gegenstand der Sicherstellung sind und darauf umsomehr hier Bedacht zu nehmen ist, wo es sich um das Interesse einer minderjährigen Person handelt, deren Vermögen sicherzustellen nach §. 236 a. b. G. B. eine besondere Pflicht des Vormundes ist, daß der Fall, auf welchen das Vermächtniß eingeschränkt wurde, leicht eintreten kann und der Legatarin im Laufe der Zeit durch Veränderungen in der Person des zunächst verpflichteten Beklagten oder in seinem Vermögen die Mittel zur Sicherstellung entgehen könnten, mithin die Vorsicht gebietet, keine Zeit hiefür zu versäumen.

Nr. 2943.

Unzulässigkeit der Bewilligung der Mobiliarexecution ohne Bestimmung des Ortes, wo dieselbe zu vollziehen sei.

Entsch. v. 10. Dec. 1867, Nr. 10988 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Prag v. 16. Sept. 1867, Nr. 52492 und des O. L. G. Prag vom 14. Oct. 1867, Nr. 29274). G. H. 1868, S. 327.

In dem Executionsgesuch des A gegen seinen Schuldner B wurde angeführt, daß dem Gläubiger die Vollstreckung der rechtskräftigen Wechselzahlungsauflage an dem Vermögen des B bisher deshalb unmöglich gewesen sei, weil der weder Immobilien noch in-

tabulirte Forderungen besitzende Schuldner fortwährend in Geschäften umherwandere und sein bewegliches Vermögen, darunter Geld in bedeutender Summe, mit sich führe. Bei dieser Sachlage stellte A die Bitte, ihm die executive Pfändung, Schätzung und Transferirung des Mobiliarvermögens des B mit dem Beisatze zu bewilligen, daß diese Execution auf jedesmaliges persönliches Einschreiten des Executionsführers beim Bezirksgerichte des jeweiligen Aufenthaltsortes des B zu vollziehen sei. — Beide Untergerichte haben das Gesuch als gerichtsordnungswidrig abgewiesen, worauf A den Revisionsrecurs ergriff, worin er den untergerichtlichen Abweisungsgrund, daß nämlich der von ihm beantragte Modus der Execution im Gesetz nicht normirt ist, damit bekämpfte, daß die von ihm in obiger Weise begehrte Execution immer eine Mobiliarexecution bleibe und, wenn auch der besondere Fall, in dem er sich befindet, nicht ausdrücklich normirt ist, doch die allgemeinen Grundsätze gelten und es gestattet sein müsse, den Schuldner, welcher stets in der Welt umherwandert, durch das Gericht des Ortes, wo man ihn eben findet, zur Zahlung zu zwingen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil nach den §§. 69 und 10 J. N. die vom competenten Richter ertheilte Bewilligung des ersten Executionsgrades von einem anderen Gericht nur auf Ansuchen des ersteren in Vollzug gesetzt werden kann und es daher unzulässig ist, dem Executionsführer zu überlassen, durch sein persönliches Einschreiten die Vollziehung der Execution bei einem anderen Gerichte zu bewirken.

Nr. 2944.

Einflußlosigkeit des strafrichterlichen Erkenntnisses auf das zwischen dritten Personen bestehende Rechtsverhältniß.

Entsch. v. 12. Dec. 1867, Nr. 8911 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Linz v. 27. Dec. 1866, Nr. 11875 und des O. L. G. Wien v. 19. März 1867, Nr. 4001). G. H. 1868, S. 174.

Die A, durch Vorspiegelungen der C getäuscht, gestattete derselben, ihren, der A, Namen als Accept auf einen Wechsel zu setzen und versprach — gegen die von der C gemachte Zusage der Zahlung des Wechselbetrages — daß sie weder die Echtheit der Unterschrift bei der Präsentation des Wechsels und der Protestlevirung bestreiten, noch gegen die Zahlungsauflage Einwendungen erheben werde. Der nach dieser Abrede von der C mit der Unterschrift der A versehene Wechsel per 500 fl. kam in die Hand des B, der ihn zur Verfallszeit der A präsentirte, Mangels Zahlung protestiren ließ, sodann gegen die A und den Aussteller den Zahlungsbefehl und im Executionsweg die Einantwortung eines intabulirten Zinsenbezugsrechtes der A erwirkte.

Nach diesen Ereignissen wurde die C in Criminaluntersuchung gezogen und in dem Strafurtheil der Wechsel als von ihr gefälscht erklärt und deshalb die C des Verbrechens des Betruges für schuldig erkannt und zur Zahlung eines Entschädigungsbetrages von 500 fl. an die Erben des B als Eigenthümer des falschen Wechsels verfällt. Nun wurden die Erben des B von der A mit einer Klage belangt, worin sie um das Erkenntniß bat, daß das für die Verlassenschaft des B mit dem obigen executiven Einantwortungsbescheid erworbene Zinsenbezugsrecht in Folge des gegen die C gefällten Strafurtheils wieder erloschen und die Beklagten schuldig seien, die bis nun eincassierten Interessen per 507 fl. der Klägerin herauszugeben.

Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Gründe der dritten Instanz: Der Strafrichter ist berufen, über Rechtsverhältnisse, die zwischen dem Verurtheilten und anderen Personen in Folge des Verbrechens eingetreten sind, nicht aber über Rechtsverhältnisse zwischen dritten Personen zu sprechen. Im vorliegenden Falle hat denn auch der Strafrichter über das Verhältniß zwischen der A und dem B, welche beide von der C getäuscht worden sind, weder direct noch indirect einen Ausspruch gethan und wenn er erkannt hat, daß die C den Erben des B wegen der Fälschung des Wechsels, der damals von den Personen, gegen welche die Zahlungsauflage und die Execution erwirkt wurden, noch nicht eingelöst oder sonst saldirt war, für 500 fl. ersatzpflichtig sei, so folgt daraus nicht, daß die besagten Erben die Rechte aufzugeben haben, welche ihnen aus dem Verhalten der A bei der Präsentation des Wechsels und gegenüber der Wechselklage, dem Zahlungsbefehl und der darauf eingeleiteten Execution erwachsen waren. Zur Oppositionsklage im Sinne des Hofdecretes v. 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, würde die A, nachdem sie durch dieses Verhalten die Zahlungspflicht gegen die Wechselinhaber selbstverständlich auf sich geladen hat, nur dann berechtigt sein, wenn sie darzuthun vermöchte, daß die Erben des B in Folge des Strafurtheils aus dem Vermögen des C bereits befriedigt worden seien, was aber nicht der Fall ist; und die Befriedigung derselben aus dem Vermögen der A hat nur zu Folge, daß sie zur Zeit kein Executionsrecht mehr gegen die verurtheilte C haben und daß die A ihren Regreß an der C zu nehmen hat, wozu ein besonderer Ausspruch des Strafrichters nicht nöthig war.

Nr. 2945.

Wohnungsrecht als Ausgeding; subjectiver Umfang desselben.

Entsch. v. 12. Dec. 1867, Nr. 9917 (Best. des Urth. des B. G. Unterkralovic v. 14. Oct. 1866, Nr. 5974, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 29. April 1867, Nr. 8358). G. Z. 1868, Nr. 43.

Die A klagte wider B auf Räumung der Wohnung in ihrem Hause Nr. 17 in X. Der Beklagte vertheidigte sich damit, daß

die C, welcher das Wohnungsrecht im besagten Haus als Ausgeding zusteht, seine Frau geworden sei. Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagbegehren, das O. L. G. gegen dasselbe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: Beide Theile sind darin einig, daß nur für die Gattin des Beklagten, C, ein Wohnungsrecht als Ausgeding auf der Wirthschaft Nr. 17 in X haftet. Dieses Wohnungsrecht ist seiner Natur nach eine persönliche Servitut, welche sich nur auf den Bedarf des Gebrauchsberechtigten erstreckt und nicht ausgedehnt werden darf (§§. 484, 505 und 506 a. b. G. B.). Daß diese Grundsätze des a. b. G. B. auf ein Wohnungsausgeding bei bäuerlichen Realitäten keine Anwendung haben sollen, ist in keinem Gesetze erklärt worden. Es liegt aber dies auch nicht in der Absicht dessen, der für eine Witwe dem Grundbesitzer deren Duldung in ihrer bisherigen Wohnung aufbürdet, daß dem Grundbesitzer hiedurch auch die Duldung ihres allfälligen künftigen Gatten oder vielleicht gar noch ihrer Kinder auferlegt werden wolle, indem ja für den Fall einer Wiederverehelichung der Witwe die natürliche und im Gesetze gegründete Voraussetzung besteht, daß sie dann in seine, nicht aber der Gatte in ihre Wohnung ziehe. Aus der Wiederverehelichung der Witwe C kann daher für ihren Gatten (den Beklagten) nicht gefolgert werden, daß auch er ein Wohnungsrecht bei der Wirthschaft Nr. 17 in X habe; der §. 506 a. b. G. B. steht einer solchen Forderung geradezu entgegen, und in dem vorliegenden Falle ist zu einer solchen Folgerung umsoweniger Grund vorhanden, als von der Klägerin behauptet und vom Beklagten gar nicht widersprochen wurde, daß letzterer in X selbst eine Chaluppe besitze, folglich für ihn keine Nothwendigkeit bestehen kann, gerade in Nr. 17 zu wohnen. Der Umstand, daß er schon viele Jahre mit seiner damaligen Gattin in dem Hause Nr. 17 wohnt, entscheidet zu seinen Gunsten nichts, weil seine Gattin früher die Vorwirthschaft auf dem Grund Nr. 17 führte und sonach aus diesem Grunde dort wohnte; dieses Verhältniß hat sich aber geändert, seitdem die Wirthschaft Nr. 17 in X der Klägerin als erbserklärten Erbin ihrer Tochter executiv übergeben worden ist. Seit dieser Zeit kann nur die Gattin des Beklagten sich ihres Wohnungsausgedingsrechtes bedienen, wenn sie dies in ihrem Interesse findet; aber ihr Gatte (der Beklagte) hat kein Recht, ebenfalls in diesem Hause zu wohnen, wodurch offenbar eine der Klägerin beschwerlichere Servitut geschaffen wurde, als ihr obliegt.

Nr. 2946.

Abbestellung einer übertragenen Lieferung: Ersatzanspruch des Lieferanten.

Entsch. v. 12. Dec. 1867, Nr. 10288 (Best. des das Urth. des B. G. Prag v. 21. Mai 1867, Nr. 24559, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 21. August 1867, Nr. 19477). G. Z. 1868, Nr. 25.

A klagte wider B auf Zahlung von 110 fl. 60 kr. als Entschädigung für die zu spät abgesagte Lieferung von bestellten 6000 Patrontaschenkästchen. In der Klage wurde angeführt, daß der Beklagte am 25. Juni 1866 eine Bestellung von 6000 Stück solcher Kästchen bei dem Kläger gemacht und sich verpflichtet habe, für jedes gelieferte Stück 11 kr. zu bezahlen, daß die Lieferung bis 15. Juli 1866 vollendet sein mußte, daß der Kläger, um diese Lieferung zu ermöglichen, das nöthige Material an Holz, Leinwand und Drahtstiften im Gesammtkostenbetrage von 96 fl. gekauft und zugleich Arbeiter aufgenommen habe, daß der Beklagte am 2. Juli 1866 die Lieferung eingestellt und im August 1866 nur 250 Stücke mit 10 kr. per Stück übernommen, die weitere Abnahme jedoch verweigert habe. In der Einrede wurde eingewendet, daß die Einstellung dieser Lieferung blos aus dem Grunde geschehen sei, weil wegen der drohenden und sodann eingetretenen feindlichen Invasion der Beklagte die Abgabe der Patrontaschenkästchen an das Aerar nicht bewerkstelligen konnte. — Das Gericht erster Instanz hat den Kläger mit seinem Begehren abgewiesen, weil der Beklagte allerdings berechtigt war, die Abbestellung der Arbeit zu machen. Denn wenn auch die für die Nordarmee unglückliche Schlacht von Königgrätz erst am 3. Juli 1866 geschlagen wurde, waren doch schon die Preußen früher tief in Böhmen eingedrungen und es ist notorisch, daß schon Ende Juni 1866 auf höhere Weisung die k. k. Magazine aus Prag entfernt wurden und daß man auf der Eisenbahn Prag-Wien weder öffentliches noch Privatgut mit Sicherheit aufgeben konnte, weshalb auch die im Briefe vom 2. Juli 1866 befolgte Abbestellungsvorsicht als geboten erschien; es findet daher der §. 1311 a. b. G. B. auf den Beklagten und den Kläger seine Anwendung, da sich der Zufall, d. i. die preußische Invasion und in Folge dessen die Nichteinhaltung des Vertrages in dem Vermögen beider Theile ereignete, indem auch dem Beklagten der mit der Ablieferung an das Aerar verbundene Vortheil entging. — Das O. L. G. hat gegen Beweis des Schadens durch Haupt- und Schätzungseid dem Klagbegehren stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: Die vorliegende Klage ist eine nach den Grundsätzen des a. b. G. B. zu beurtheilende Entschädigungsklage. Der Beklagte gesteht, daß er bei dem Kläger 6000 Stück Patrontaschenkästchen bestellt und diese Bestellung später, bis auf übernommene

250 Stücke, widerrufen habe. Der Kläger behauptet nun, daß er blos zu dem Zwecke dieser Anfertigung Material gekauft, vorbereitet und mehrere Arbeiter damit auch einige Tage beschäftigt habe und will den Preis des Materials, die Auslagen für die Arbeiter und die eigene Mühewaltung von dem vertragsbrüchigen Gegner ersetzt haben. Sein Anspruch ist im §. 919 a. G. b. B. gegründet, da in solchen Fällen der schuldlose Theil auch mit dem Ersatze allein sich begnügen kann. Der Beklagte will sich von dieser Ersatzleistung zwar dadurch befreien, daß er anführt, nur durch Zufall, die feindliche Invasion, an der Vertragserfüllung verhindert worden zu sein. Allein die Folgen des Zufalls hat nicht der Kläger zu tragen, da für ihn insbesondere der Grund gleichgiltig ist, der den Beklagten zur Bestellung veranlaßte — abgesehen von der weiteren Frage, ob der Beklagte nicht vom k. k. Aerar Ersatz begehrt hat, oder zu fordern berechtigt war.

Nr. 2947.

Anspruch der geschiedenen Gattin auf Alimentation im Falle der Aufhebung der Ehepacten.

Entsch. v. 17. Dec. 1867, Nr. 10426 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Blansko v. 30. März 1867, Nr. 4565, und des O. L. G. Brünn v. 31. Juli 1867, Nr. 7173). G. H. 1868, S. 138.

Mit Abänderung der untergerichtlichen Urtheile, wodurch die Klage der ohne ihr Verschulden geschiedenen A wider ihren Ehegatten B 1. um Aufhebung der Ehepacte und Restitution des Heiratsgutes; 2. um Zahlung der Alimente im ersten Punkte zugelassen, im zweiten Punkte aber mit Berufung auf den §. 1264 a. b. G. B., welcher den Anspruch des geschiedenen schuldlosen Ehetheils auf Unterhalt alternativ neben jenem auf die Aufhebung der Ehepacte gestellt habe, abgewiesen worden war, hat der oberste Gerichtshof den Sachkundigenbeweis über das Jahreseinkommen des Beklagten zugelassen. Gründe: Die untergerichtliche Auslegung des Schlußsatzes des §. 1264 a. b. G. B. muß als offenbar unrichtig bezeichnet werden in Hinblick auf den §. 91 a. b. G. B., welcher den Ehemann im Allgemeinen verpflichtet, der Gattin den anständigen Unterhalt zu verschaffen, von welcher Verpflichtung er auch nicht seiner geschiedenen Gattin gegenüber, wenn sie an der Scheidung schuldlos ist, durch sein Verschulden enthoben werden kann, und im Hinblick auf das Hofdecr. v. 4. Mai 1841, J. G. S. Nr. 531, wonach selbst bei der durch beiderseitiges Verschulden herbeigeführten Ehescheidung dem Richter überlassen ist, auf Anstehen der Gattin mit Berücksichtigung aller Verhältnisse und der für sie sprechenden Billigkeitsgründe ausnahmsweise

den anständigen Unterhalt ihr zuzusprechen, weshalb von dem Anspruch auf die den Umständen angemessenen Alimente um so minder die an der Scheidung schuldlose Gattin ausgeschlossen sein kann. Da nun im vorliegenden Fall die Kosten des Unterhaltes der Klägerin durch die Zinsen ihres Heiratsgutes offenbar nicht gedeckt sind und von Seite des Beklagten nicht einmal angeführt wurde, daß sie noch ein anderes Vermögen oder für ihre Lebenszeit ein sicheres Einkommen besitze, so kann es sich nur mehr um das Ausmaß des Zuschusses handeln, den sie für ihren Unterhalt nöthig hat und der Beklagte nach §. 91 zu leisten verpflichtet ist, und in dieser Richtung ist der Sachbefund relevant, den sie zur Feststellung des Einkommens des Beklagten angeboten hat.

Nr. 2948.

Ipso jure Verpflichtung zur Zahlung der Urtheilszinsen.

Entsch. v. 17. Dec. 1867, Nr. 10470 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Laibach v. 15. Jänner 1867, Nr. 232, und des O. L. G. Graz vom 27. August 1867, Nr. 9635). G. Z. 1868, Nr. 122.

Auf Grund eines Urtheils, welches den Beklagten die Zahlung einer Capitalschuld binnen 14 Tagen auferlegte, wurde dem Kläger im Executionswege das Pfandrecht nicht nur für diese Forderung, sondern auch für die Morazinsen von der Zeit der eingetretenen Rechtskraft des Urtheils an in allen drei Instanzen bewilligt, obgleich die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung solcher Zinsen für den Fall der Mora darin nicht ausdrücklich ausgesprochen war, „weil — nach den vom O. L. G. angeführten und vom obersten Gerichtshofe gebilligten Motiven — die Verpflichtung der Executen zur Zahlung der Verzugszinsen Folge ihrer Saumsal und der §§. 1333 und 1334 a. b. G. B. ist“.

Nr. 2949.

Anhaltung des Deferenten zur Beibringung der bei der Ablegung des Haupteides durch den Delaten vorzuzeigenden Gegenstände.

Entsch. v. 17. Dec. 1867, Nr. 11077 (Best. des das Decret des H. G Wien v. 23. Sept. 1867, Nr. 89560, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 22. Oct. 1867, Nr. 19132). G. H. 1868, S. 126.

Zur Entscheidung der Rechtssache des A gegen B pto. Zahlung von 178 Thlr. wurde dem Kläger der Haupteid aufgetragen, daß das

Erzmuster, welches dem im Proceß aufgenommenen Sachbefund zu Grunde gelegt wurde, nicht dasselbe war, welches der Waarenbestellung zu Grunde lag. Auf die Eidesantretung des A wurde zur Abschwörung Tagfahrt angeordnet und dem B der — im Recurswege vom O. L. G. bestätigte und dadurch rechtskräftig gewordene — Auftrag ertheilt, das in seinen Händen befindliche Vergleichungsmuster zur Vorweisung an den Kläger vorzulegen, bei sonstigem Eintritt der gesetzlichen Folgen der Beweisbehinderung. Da B sich dessen weigerte, stellte A das Gesuch um executive Abnahme des Musters von demselben mit dem Beisatze, daß widrigenfalls sein Eid für abgelegt zu halten sei. — Vom Gerichte erster Instanz wurde die Abnahme des Musters ohne den erwähnten Beisatz verordnet und auf den Bericht des Gerichtsdieners von der Erfolglosigkeit der Execution Tagfahrt zur Verhandlung darüber ausgeschrieben, ob der Eid für abgeschworen zu halten sei. — Auf den Recurs des A gegen diesen Tagsatzungsbescheid hat das O. L. G. in Erwägung, daß der Beklagte bereits rechtskräftig zur Vorlage des Erzmusters behufs der Vorweisung an den Schwörenden verpflichtet, dieser Verpflichtung trotz wiederholter Aufforderung nicht nachgekommen ist und daß der Kläger den sententionirten Eid angetreten hat, mithin zur Ablegung desselben bereit ist und nur durch die Weigerung des Gegners daran verhindert wird, — dem Beklagten die Vorlage des Musters bei Gericht mit einer neuen Frist von 14 Tagen und mit dem Beisatze aufgetragen, daß im widrigen Falle der sententionirte und vom Kläger angetretene Haupteid für abgeschworen zu halten ist.

Mit Bezugnahme auf diese Motivirung bestätigte der oberste Gerichtshof die Verordnung der zweiten Instanz.

Nr. 2950.

Benützung der Satzschriften und ihrer Beilagen zur Instruirung eines Incidenzstreites.

Entsch. v. 17. Dec. 1867, Nr. 11207 (Best. des das Decr. des B. G. Strakonitz v. 7. August 1867, Nr. 5663, abänd. Decr. des O. L. G. Prag vom 22. Oct. 1867, Nr. 26639). G. H. 1868, S. 85.

In dem Proceß des A wider B und Genossen pto. eidlicher Angabe eines Nachlaßvermögens kam es in Folge des Gesuches des Klägers um Vorlage von Handelsbüchern darüber zu einem Incidenzstreit, nach dessen Abschluß der Kläger bei der Acteneinlegung zum Behufe der Entscheidung des Zwischenstreites das Begehren stellte, daß den Acten das bei Gericht aufbewahrte Triplicat seiner im Gesuche um die Vorlage der Handelsbücher als Beilage A bezeichneten Klage beigelegt werde. Dagegen protestirten die Beklagten, weil die Klage

dem Gesuche um Vorlegung der Handelsbücher nicht wirklich beigeschlossen war und weil das bei Gericht hinterlegte Klagtriplicat nur die Bestimmung habe, den nachbenannten Beklagten, denen nur ein Rubrum der Klage zugestellt worden, die Einsichtnahme von der Klagschrift zu gewähren. — Die erste Instanz gab dieser Einsprache statt, wogegen das O. L. G. die Legung des Klagtriplicats zu den Acten des Incidenzstreites bewilligte, weil keine Vorschrift besteht, welche verordnet, daß die bereits einmal mitgetheilten Satzschriften des Hauptprocesses bei vorkommenden Incidenzstreiten noch einmal mitzutheilen seien.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus deren Gründen.

Nr. 2951.

Verpflichtung des unehelichen Vaters zur Alimentationsleistung während der Verpflegung des Kindes im Findelhause.

Entsch. v. 18. Dec. 1867, Nr. 9301 (Best. des Urth. des L. G. Wien vom 15. Mai 1866, Nr. 24830, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 2. April 1867, Nr. 2898). G. H. 1868, S. 223.

Die Klage des Curators und der Mutter des in der Findelanstalt unentgeltlich untergebrachten Kindes A gegen dessen unehelichen Vater B um Zahlung der Alimente wurde vom O. L. G. nur mit der Beschränkung zugelassen, daß der Beklagte den Alimentationsbetrag erst von dem Tage des Austrittes des Kindes aus der Verpflegung der Findelanstalt an zu zahlen habe.

Der oberste Gerichtshof condemnirte den B zur Zahlung von Alimenten (mit Herabsetzung des in der Klage dafür angesprochenen Maßes) auch für die Zeit des Aufenthaltes des Kindes im Findelhaus. Gründe: Der Umstand, daß das Kind in der Verpflegung der Findelanstalt ist, kann seinen Erzeuger nicht von aller und jeder Pflicht zu einem Beitrage für dessen Alimentation befreien, weil durch jene Verpflegung nur für das Allernothwendigste gesorgt, der Vater aber nach seinen Vermögenskräften verbunden ist, Mittel beizuschaffen, um Nahrung, Bekleidung, sonstige Pflege und Erziehung des Kindes möglichst und so zu verbessern, wie es den gegebenen Verhältnissen angemessen erscheint, was durch unmittelbare Anschaffung oder durch Gaben an die Pflegeeltern von Seite des Vertreters des Kindes geschehen kann. Deshalb wurde dem Beklagten auch für die Zeit der Verpflegung im Findelhaus die Leistung eines Ergänzungsbeitrages auferlegt.

Nr. 2952.

Aufforderung bei einem Baue: Vorgang bei Auferlegung des ewigen Stillschweigens.

Entsch. v. 18. Dec. 1867, Nr. 11114 (Best. des das Decr. der Prätur Sebenico v. 8. Juni 1867, Nr. 2795, abänd. Decr. des O. L. G. Zara vom 18. Sept. 1867, Nr. 3898). G. Z. 1868, Nr. 60.

Mit Klage forderte A den B und Genossen auf zur Geltendmachung ihrer vermeinten Rechte gegen den vorgelegten Entwurf eines neuen Baues bei sonstiger Auflage des ewigen Stillschweigens. Diese Klage wurde aufrecht erledigt; da jedoch die Aufgeforderten derselben mit keiner gerichtlichen Eingabe begegneten, überreichte der Kläger ein Gesuch, worin er das Begehren stellte, daß dem Beklagten das ewige Stillschweigen auferlegt und ihm gestattet werde, den neuen Bau nach dem beigebrachten Plane auszuführen. — Das Gericht erster Instanz hat sofort diesem Begehren stattgegeben. — Das O. L. G. hat dagegen den erstrichterlichen Bescheid als gerichtsordnungswidrig aufgehoben und das Gesuch zurückgewiesen, weil nach Ueberreichung der Aufforderungsklage bei einer bezweckten neuen Bauführung das in einem solchen Streite einzuleitende Verfahren dasselbe ist, welches durch den §. 73 westg. G. O. in dem Processe wegen Berühmung vorgeschrieben wird; weil für den Fall, als von Seite des Aufgeforderten über die Aufforderungsklage innerhalb der gesetzlichen Frist weder eine Beantwortung auf die Klage, noch die Oppositionsklage wider den neuen Bau überreicht wird, dem Aufforderer die Pflicht obliegt, vorher die Inrotulirung der Acten zu verlangen, über welche erst der Richter sein Erkenntniß zu fällen hat; weil das Gesuch des A, womit begehrt wurde, daß sofort der Gegenpartei das ewige Stillschweigen auferlegt werde, sich nach §. 67 westg. G. O. als unzulässig darstellt, indem diesem Begehren nicht das Ansuchen um Inrotulirung der Acten vorausgeschickt worden war, und weil deshalb der erstrichterliche Bescheid in seinem Wesen eine gegen die Bestimmungen des erwähnten §. 67 westg. G. O. verstoßende Erledigung enthielt und daher als gerichtsordnungswidrig zu beheben war. — In dem Revisionsrecurse wurde von A dagegen bemerkt, daß in dem Klagsbescheide nicht, wie im §. 64 westg. G. O. vorgeschrieben ist, der Beisatz gemacht wurde, daß der Beklagte zu gewärtigen habe, daß ihm sonst das ewige Stillschweigen auferlegt werde, sondern geradewegs und ausdrücklich entschieden wurde, daß, im Falle des Ausbleibens der Beantwortung, den Beklagten das ewige Stillschweigen auferlegt werden würde; daß daher das Gesuch des Recurrenten als ein Executionsgesuch zu betrachten und ohne vorläufige Inrotulirung zu bewilligen war, und daß jedenfalls das Gesuch nicht hätte zurückgewiesen, sondern eine Tagsatzung zur Acteninrotulirung hätte angeordnet werden sollen.

Der oberste Gerichtshof verwarf mit Beziehung auf den klaren Wortlaut der §§. 67 und 73 der westg. G. O. den Revisionsrecurs als ungegründet.

Nr. 2953.

Uebernahme einer Hypothekarschuld. Persönliche Haftung des Uebernehmers.

Entsch. v. 19. Dec. 1867, Nr. 8016 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 5. Oct. 1866, Nr. 5031, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 13. März 1867, Nr. 1771). G. Z. 1868, Nr. 25. G. H. 1868, S. 201.

C hatte der A für seine Schuld von 15000 fl. einige Liegenschaften verpfändet, die er später dem M verkaufte. In dem Kaufvertrag übernahm M auf Rechnung des Kaufpreises alle auf den Liegenschaften intabulirten Schulden. Nach seinem Tode belangte nun die A die Erben des Letzteren mit der persönlichen Klage auf Zahlung ihrer Forderung von 15000 fl. Im Zuge des Processes producirte sie auch eine von C nach Anstellung der Klage ausgestellte Urkunde, worin ihr dieser seine durch den Kaufvertrag, in Betreff der Uebernahme der besagten Schuld von 15000 fl. von Seite des M erworbenen Rechte gegen die Verlassenschaft des Letzteren cedirte. — In erster Instanz wurden die Beklagten nicht als persönliche Schuldner, sondern nur als Eigenthümer der Pfandsachen zur Zahlung verurtheilt; wogegen das O. L. G. die persönliche Zahlungspflicht der Beklagten aussprach.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz in Erwägung, daß, wenn auch der neue Eigenthümer einer unbeweglichen Sache nach den §§. 443, 447 und 466 a. b. G. B. für die darauf eingetragenen Lasten in der Regel nur mit der Pfandsache zu haften hat, diese im Gesetz ausgesprochene beschränkte Haftung durch Vertrag erweitert werden darf, wie dies im vorliegenden Falle eben geschehen ist, wo der Käufer der verpfändeten Liegenschaften mit Zustimmung des Verkäufers die für die Klägerin darauf eingetragene Schuld auf Rechnung des Kaufpreises übernommen hat, weshalb denn auch nicht mehr die vorhin citirten Gesetze, sondern der §. 1345 und die im dritten Theil, zweites Hauptstück des a. b. G. B. enthaltenen Vorschriften über die Assignation, beziehentlich Cession zur Anwendung zu bringen sind; daß die Einwilligung der Klägerin als Assignatarin, resp. Cessionarin zu der durch die erwähnten Erklärungen des Käufers und Verkäufers festgestellten Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten durch die Anstellung und den Inhalt ihrer Klage stillschweigend (§. 863 a. b. G. B.) erklärt und ertheilt wurde; daß eine nachträgliche Einwilligung zu einer unvollständigen,

Assignation nicht nur nicht unzulässig, sondern vom Gesetz (§. 1402 bis 1404 und ff.) vorgesehen und übrigens durch kein Gesetz vorgeschrieben ist, daß die Verständigung des Assignatars gleichzeitig mit der zwischen dem Assignanten und dem Assignaten getroffenen Uebereinkunft, und zwar nur mittelst der letzteren erfolgen müsse; daß die rechtserzeugende Erklärung im Vertrage selbst und keineswegs in der Klage liegt, welche blos die Einwilligung der Assignatarin zu der bereits durch den Vertrag festgestellten unvollständigen Assignation darthut; daß bei dieser Sachlage und da anderentheils nicht vorkommt, daß inzwischen, nämlich bis zur Erhebung der Klage, die Schuld des Assignaten an den Assignanten oder die Schuld des Letztern an die Klägerin getilgt oder die von der Klägerin noch nicht angenommene Assignation widerrufen worden ist, die obergerichtliche Entscheidung als im Gesetz (§§. 1395, 1396, 1408, 1409 a. b. G. B.) gegründet erkannt werden mußte.

Nr. 2954.

Hereditatis petitio partiaria: Legitimation des Klägers.

Entsch. v. 19. Dec. 1867, Nr. 10011 (Best. des das Urth. der Prätur Montona v. 30. Nov. 1865, Nr. 3315, abänd. Urth. des O. L. G. Triest vom 1. Mai 1867, Nr. 1654). G. Z. 1868, Nr. 24.

Als gesetzliche Alleinerbin eines Theilerben der Verlassenschaft des M belangte die A die übrigen Miterben mit der Klage auf Anerkennung ihres Theilerbrechtes, Theilung der Verlassenschaft und Herausgabe der in Folge der Theilung auf ihre Portion fallenden Erbschaftssachen. Die Beklagten wendeten ein, daß die Klägerin die Erbschaft ihres Auctors nicht angetreten habe und daß sie nicht im Besitze der Verlassenschaft des M seien; in letzterer Beziehung erbot sich die Klägerin zum Beweis durch Zeugen, dessen Aufnahme im Proceß auch erfolgte, und durch ihren Erfüllungseid. — Die erste Instanz erkannte nach dem Klagbegehren unter der Bedingung des Erfüllungseides der Klägerin und erklärte in den Motiven die beklagterseits erhobene Einwendung des mangelnden Erbschaftsantrittes dadurch als beseitigt, daß die Klägerin, indem sie die Erbschaftsklage anstellte, der Vorschrift der §§. 799 und 800 a. b. G. B. Genüge geleistet habe. — Das O. L. G. wies die Klage ab aus folgenden Gründen: Die Klage bezweckt Theilung einer gemeinsamen Erbschaft. Für die Theilung gemeinschaftlicher Sachen gilt die im §. 827 a. b. G. B. aufgestellte allgemeine Regel, daß derjenige, welcher einen Antheil an denselben anspricht, sein Recht zu beweisen hat. Wer die Theilung einer gemeinsamen Erbschaft fordert, muß demnach vor Allem den Beweis führen, daß sein Erbrecht anerkannt worden sei. Denn zur

Erlangung des Erbschaftsbesitzes genügt nicht der bloße Titel, sondern es ist auch die gesetzliche Erwerbungsart erforderlich; mit anderen Worten: der Erbberechtigte muß zuvörderst die Erbserklärung anbringen, die Verbindlichkeiten, welche ihm als Erben obliegen, erfüllen und die Einantwortung erwirken, §§. 797 und 819 a. b. G. B. Die beklagterseits erhobene Einwendung des mangelnden Erbschaftsantrittes war daher gegründet und mußte zur Abweisung der Kläger führen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit Berufung auf die von derselben hinausgegebenen Gründe.

Nr. 2955.

Cession einer Forderung nach quittirter Tilgung derselben.

Entsch. v. 19. Dec. 1867, Nr. 10663 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Iglau v. 5. März 1867, Nr. 2108, und des O. L. G. Brünn vom 3. Sept. 1867, Nr. 9258). G. Z. 1868, Nr. 31.

A belangte den B auf Zahlung von 600 fl., welchen Betrag dieser im Jahre 1847 den Eheleuten C als Kaufschillingsrest schuldig geblieben war und die Letzteren im December 1865 dem A cedirt hatten. B wendete ein, daß er schon im April 1854 den Eheleuten C laut Quittung die 600 fl. berichtigt habe und auf Grund derselben im Jänner 1866 auch das Pfandrecht von seiner Realität gelöscht worden war. Darauf bestritt A die Echtheit der Quittung und wendete zugleich ein, daß sie keinesfalls den Eheleuten C vorgelesen und ihr Inhalt von selben verstanden worden sei, worüber er diese Eheleute als Zeugen führte und dem B den unrückschiebbaren Haupteid auftrug.

Der Kläger wurde in allen drei Instanzen abgewiesen, im Wesentlichen aus folgenden Gründen: Als Cessionar der Eheleute C muß Kläger nach §§. 1394, 1395 und 1396 a. b. G. B. sich alle Einwendungen, welche gegen dieselben dem B zustehen, gefallen, also auch die Quittung gegen sich gelten lassen. Da er die Cedenten dem Streite nicht als Vertretungsleister beigezogen hat, in welchem Falle diese berechtigt gewesen wären, die Echtheit der Quittung zu bestreiten, was sie aber nicht gethan, ist die Quittung gegen die Eheleute C für beweiswirkend anzusehen. Der Anstand wegen des angeblichen Vorganges bei Ausstellung der Quittung hätte auch von den Eheleuten C erhoben werden sollen und kann der Beweis hierüber durch dieselben — welche dem Kläger als Cessionar für die Forderung haften, daher an dem Ausgange des Rechtsstreites betheiligt sind — ebensowenig wie jener durch unrückschiebbaren Haupteid zugelassen werden, da der Kläger letzteren, wenn er die Eheleute C als Vertretungsleister beigezogen hätte, rückschiebbar auftragen konnte. Wollte man endlich

den Geklagten als Hypothekarschuldner betrachten, weil die Löschung der 600 fl. erst nach der Cession an A und deren Intabulirung erfolgte, B also wenigstens mit der Pfandsache zu haften habe und Kläger die Forderung etwa nur im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erwarb, so war doch zur Zeit der Einbringung der Klage die Forderung bereits rechtskräftig gelöscht, wonach der Geklagte auch als Besitzer der Pfandsache nicht zur Zahlung angehalten werden kann.

Nr. 2956.

Rangordnung der Eintragung von Modificationen einer bereits grundbücherlich sichergestellten Verpflichtung, durch welche die Last vergrößert wird.

Entsch. v. 23. Dec. 1867, Nr. 11231 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Linz v. 12. Sept. 1867, Nr. 8086, und des O. L. G. Wien v. 22. Oct. 1867, Nr. 19326). G. Z. 1868, Nr. 38.

Für A haftete auf dem Hause des B eine in vierteljährigen Raten nachhinein zu entrichtende Rente von 350 fl. jährlich. Er traf mit B das Uebereinkommen, daß B selbe von nun an in gleichen Raten, jedoch im vorhinein bezahlen solle und bat um grundbücherliche Einverleibung des Pfandrechtes für dieses Uebereinkommen bei der bezüglichen Pfandrechtsbestellung. — Das Gericht erster Instanz schlug das Gesuch ab, weil es außer dem Zwecke der öffentlichen Bücher über unbewegliche Sachen liegt, Aenderungen von ursprünglichen Vertragsmodalitäten, die ein dingliches Recht gar nicht berühren, zur bücherlichen Eintragung zu bringen, welche Eintragung zur rechtlichen Giltigkeit des Aenderungsvertrages offenbar nicht nöthig ist, während andererseits, soll anders das Institut der öffentlichen Bücher für die nothwendig damit verknüpften Eintragungen durch Häufung unnöthiger Eintragungen die Uebersichtlichkeit und Verläßlichkeit nicht verlieren und so eher das Gegentheil von der damit angestrebten Rechtssicherheit für dingliche Rechte an unbeweglichen Gütern herbeiführen, jede für eine Rechtserwerbung, -Abänderung oder -Aufhebung nicht nöthige Eintragung, mit Ausnahme jener, worüber besondere Vorschriften, wie die kais. Verordn. v. 12. August 1851, R. G. Bl. Nr. 184, und die Min.-Vdg. v. 19. September 1850, R. G. Bl. Nr. 212, bestehen, ferne zu halten sind. — Die zweite Instanz bestätigte diese Abweisung aus dem Grunde, weil die Auszeichnung der Aenderung der ursprünglichen Vertragsbestimmung im Grundbuche ad locum der Satzpost ohne Zustimmung der allfälligen späteren Satzgläubiger nicht stattfinden kann.

Der oberste Gerichtshof bewilligte die Einverleibung nicht mit der Priorität des bereits bestehenden Pfandrechtes, sondern als neue

Belastung in der Erwägung, daß durch die gedachte Verpflichtung des B zur Vorauszahlung der Rente die ursprünglich eingegangene Verbindlichkeit erschwert wurde; daß auch für die so erschwerte Zahlungsverbindlichkeit und bezüglich für die Erfüllung dieser erschwerenden Zahlungsmodalität ein auch jeden Nachfolger im Besitze bindendes Pfandrecht bestellt werden konnte und auch ausdrücklich bestellt wurde; daß demnach die gänzliche Abweisung des Gesuches auf einer irrigen Auffassung der Sach- und Rechtsverhältnisse beruht und gegen das Gesetz verstößt; daß aber andererseits, ohne hier in die Frage, inwiefern allenfalls mittlerweile auf die Realität versicherte Gläubiger dadurch berührt werden können, einzugehen, die neue Belastung nicht in der Priorität des früher erwirkten Pfandrechtes, sondern nur nach Maßgabe der Zeit der Einbringung dieses Gesuches eingeräumt werden konnte.

Nr. 2957.

Sequestration der verpfändeten Liegenschaft zur Sicherstellung während des Appellationszuges.

Entsch. v. 28. Dec. 1867, Nr. 11483 (Best. des Decr. des B. G. Ebreichsdorf v. 1. Juli 1867, Nr. 2466, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 8. Sept. 1867, Nr. 14151). G. Z. 1868, Nr. 29.

A erwirkte wider die Eheleute B ein Urtheil auf Zahlung von 400 fl., Interessen eines auf ihrer Realität versicherten Capitales von 8000 fl., und auf Grund desselben bei dem Umstande, daß die Geklagten die Appellation ergriffen hatten, auch die Sequestration der einzuerntenden Feldfrüchte zur Sicherstellung der 400 fl., welche jedoch auf den Recurs der Eheleute B in zweiter Instanz behoben wurde, weil bei der vorliegenden Appellation derselben in Betreff der Sicherstellung nur die §§. 259 und 260 a. G. O., dann die §§. 4 und 8 der Min.-Vdg. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, maßgebend erscheinen, darnach aber die Sicherstellung während des Appellationszuges nur dann platzgreift, wenn selbe nach Beschaffenheit der Streitsache nothwendig erscheint und bei durch Hypothek sichergestellten Forderungen insbesondere die Unzulänglichkeit der Hypothek glaubwürdig dargethan worden ist, A aber in letzterer Richtung, obschon nach Inhalt der Acten die Forderung durch Hypothek sichergestellt ist, dieses Umstandes im Sequestrationsgesuche nicht einmal erwähnend, gar keine Nachweisung geliefert hat und überhaupt auch nicht sonst erhellt, daß er nach Beschaffenheit der Streitsache einer solchen Sicherstellung bedürfe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen, die Sequestration bewilligenden Bescheid in der Erwägung, daß der §. 4 der Min.-Vdg. vom 18. Juli 1859, Nr. 130, die Execution zur Sicher-

stellung auf das Vermögen des Geklagten durch Sequestration der gepfändeten beweglichen oder unbeweglichen Sachen zuläßt, worunter die dem Gläubiger bereits verpfändeten Sachen zu verstehen sind, zumal sonst das Wort „gepfändet" und der Nachsatz dieses §. 4 — wonach die Execution bedingungsweise auch auf andere, als die bereits zum Pfande bestellten Sachen zulässig ist — überflüssig wären.

Nr. 2958.

Unzulässigkeit executiver Einantwortung der verfallenden Miethzinse eines Hauses.

Entsch. v. 23. Dec. 1867, Nr. 11487 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Linz v. 28. Oct. 1867, Nr. 9390 und des O. L. G. Wien v. 19. Nov. 1867, Nr. 21283). G. Z. 1868, Nr. 86.

Für eine Wechselforderung von 300 fl. begehrte A gegen B die executive Einantwortung der zu Lichtmeß 1868 bei gewissen speciell bezeichneten Miethparteien in den angegebenen Beträgen verfallenden Miethzinse von dem Hause des B, und wurde in allen Instanzen abgewiesen. Die Motive des obersten Gerichtshofes lauten, daß auf die Executionsführung auf schwebende Erträgnisse eines Zinshauses nicht der §. 321, sondern der §. 320 a. G. O. Anwendung findet, indem einerseits solche Erträgnisse nur im Wege der Verwaltung des unbeweglichen Gutes und gegen Erfüllung der dem Vermiether obliegenden Verbindlichkeiten zu erzielen sind und andererseits nach dem Hfd. v. 12. October 1790, J. G. S. Nr. 63, der auf schwebende Erträgnisse einer Realität Execution führende Gläubiger sein Recht nur insoweit geltend machen kann, als nach Abzug der Interessen der auf derselben mit Hypothek versicherten Capitalien etwas übrig bleibt.

Nr. 2959.

Confession als Perhorrescenzgrund?

Entsch. v. 30. Dec. 1867, Nr. 11014 (Best. der gleichförmigen Decr. des Generalconsulates in Bukarest v. 21. Mai 1867, Nr. 5158 und des O. L. G. Wien v. 28. August 1867, Nr. 13845). G. Z. 1868, Nr. 87. Gazz. dei Trib. 1868, Nr. 20.

In der beim österreichischen Generalconsulate in Bukarest zwischen einem Privaten und einem katholischen Kloster anhängigen Rechtssache pto. 860 Piaster war ein Israelit zum Mitgliede des diesfälligen Commissionsgerichtes bestellt worden. Dagegen ergriff der Gegner des Klosters den Recurs, welcher vom österreichischen O. L. G. abgewiesen wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die unterrichterlichen Entscheidungen, weil Recurrent gar keinen Umstand angeführt hat, welcher den zum Commissionsmitgliede berufenen Israeliten für die Entscheidung der vorstehenden Rechtssache nach dem Gesetze und insbesondere nach dem §. 52 des kais. Patentes v. 3. Mai 1853, R. G. Bl. Nr. 81 als befangen erscheinen ließe. Die Religion dieses Commissionsrichters kann gegen ihn als Perhorrescenzgrund nicht geltend gemacht werden, da nach der amtlichen Bestätigung der k. k. Agentie in Bukarest bei dem dortigen Consulargerichte seit Jahren auch Israeliten als Commissionsmitglieder in allen Rechtsangelegenheiten, ohne Rücksicht auf die Nationalität oder das Glaubensbekenntniß der Streittheile bestellt zu werden pflegen und diese Gepflogenheit einem Anstande umsominder unterliegen kann, als Israeliten aus dem Handelsstande auch bei den k. k. Handelsgerichten und den Handelssenaten der k. k. Gerichtshöfe erster Instanz im Inlande zu Beisitzern mit entscheidender Stimme ernannt werden können und deren mehrere auch wirklich schon ernannt worden sind.

Nr. 2960.

Haftung des Executen für seine executiv eingeantwortete Forderung.

Entsch. v. 30. Dec. 1867, Nr. 11431 (Best. des Decr. des H. G. Wien v. 22. Oct. 1867, Nr. 95054, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 20. Nov. 1867, Nr. 20907). G. Z. 1868, Nr. 24.

Nachdem B gegen seinen Schuldner A für eine Forderung von 91 fl. 50 kr. die executive Mobilienpfändung erwirkt hatte, ließ er sich im Executionswege bis zum Betrage seiner Forderung den Vermächtnißanspruch auf 300 fl. in Metalliques einantworten, welcher dem A gegen den Erben der M'schen Verlassenschaft zustand. Der Erbe, von B außergerichtlich um die Zahlung angegangen, verweigerte dieselbe, indem er behauptete, daß die Legatsforderung des A mit Gegenforderungen der Verlassenschaft compensirt sei. In Folge dessen griff B auf die früher eingeleitete Mobilienexecution zurück und begehrte die Feilbietung der gepfändeten Sachen, die ihm bewilligt wurde. Dagegen trat nun A wider ihn klagend auf und stellte das Begehren, daß das Executionsrecht des B durch die an ihn erfolgte Einantwortung der Legatsforderung des A als erloschen erklärt werde. In erster Instanz wurde dem Klagbegehren stattgegeben. Das O. L. G. wies den Kläger ab mit Berufung auf den §. 319 a. G. O., dessen Voraussetzung: daß die dem Executionsführer eingeantwortete Forderung „streitig gemacht wird", nicht blos in den Fällen, wo die eingeantwortete Forderung durch richterliches Urtheil als nicht bestehend

erklärt worden ist, oder mindestens der Executionsführer dieselbe gegen den neuen Schuldner eingeklagt und dieser auf den Streit sich eingelassen hat, sondern auch dann eintrete, wenn der Cessus außergerichtlich erklärt, die Forderung nicht anzuerkennen, die angebliche Schuld nicht zahlen zu wollen. Da nun eine solche außergerichtliche Verweigerung und Bestreitung der Forderung von Seite des Schuldners vorliegt, so muß das Klagbegehren zufolge §. 319 a. G. O. zurückgewiesen werden, ganz abgesehen davon, daß in keinem Falle das Executionsrecht des B als für immer erloschen, sondern nur als bis zur Entscheidung des von ihm gegen den Cessus eingeleiteten Processes und bis zur Durchführung der Execution gegen den letzteren außer Wirksamkeit gesetzt erklärt werden könnte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Erkenntniß aus folgenden Gründen: Aus den §§. 314, 317—319 a. G. O. geht hervor, daß der Gläubiger, der sich eine Forderung des Beklagten einantworten läßt, dieselbe „an Zahlungsstatt" (§. 314) annimmt, daher wie ein Cessionar als Eigenthum übernimmt, daß der Beklagte nur gleich einem Cedenten dafür haftet (§§. 317 und 318) und daß nur, wenn die Forderung streitig gemacht wird oder der Gläubiger nach erwirkter Pfändung bei seinem neuen Schuldner nicht hinlängliche Bedeckung und Befriedigung findet, jener auf andere Güter seines ersten Schuldners greifen darf (§. 319). Die Worte „streitig gemacht wird" können aber nur in dem Sinne verstanden werden, daß der Executionsführer bei der Hereinbringung der eingeantworteten Forderung ganz oder zum Theile sachfällig geworden, also die Forderung ganz oder zum Theile illiquid ist, was auch die gleich darauf erwähnte ganz oder theilweise ohne Erfolg geführte Execution gegen den neuen Schuldner erkennen läßt. Auch würde sonst die Bestimmung des §. 317 a. G. O., welche den Executen von der Haftung für die Richtigkeit der Forderung loszählt, wenn dieselbe bestritten wird und der Executionsführer von ihm nicht die Vertretung ansucht — was somit als seine Pflicht bezeichnet wird — ganz wirkungslos sein.

Nr. 2961.

Verpflichtung des fideicommissarischen Erben zur neuerlichen Entrichtung der frommen Gebühren.

Entsch. v. 30. Dec. 1867, Nr. 11618 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. der inneren Stadt Wien v. 18. August 1867, Nr. 23960 und des O. L. G. Wien v. 22. Oct. 1867, Nr. 19416). G. Z. 1868, Nr. 87. Zeitschr. f. d. österr. Notariat 1868, Nr. 22. G. H. 1868, S. 122.

Aus Anlaß des Todes des Fiduciarerben hatte die Abhandlungsbehörde den fideicommissarischen Erben die Berichtigung der

frommen Gebühren von dem Substitutionsvermögen aufgetragen. Dagegen ergriffen diese den Recurs, welchem das O. L. G. keine Folge gab.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die untergerichtlichen Entscheidungen, weil es für die Verpflichtung zur Entrichtung der frommen Gebühren keinen Unterschied macht, ob der Erbe den Nachlaß in Folge einer von einem früheren Besitzer dieses Vermögens über die Nachfolge voraus getroffenen Bestimmung erlangt; weil auch bei der Succession in ein Substitutionsvermögen wieder eine Veränderung in dem Eigenthume und ein neuer Erbfall eintritt, die frommen Gebühren im Sinne der bestehenden Gesetze von jedem Erbfalle insbesondere zu bezahlen sind, und hienach die nach dem Tode des Erblassers durch den Fiduciarerben hinsichtlich des Substitutionsvermögens geschehene Bezahlung der frommen Gebühren die Substitutionserben nicht von der Verpflichtung befreien konnte, auch ihrerseits von dem erst in Folge des Todes des Fiduciarerben an sie gelangenden Nachlasse die frommen Gebühren zu entrichten.

1868.

Nr. 2962.

Fortsetzung und Beendigung der Ersitzung einer Servitut gegen den grundbücherlichen Singularsuccessor.

Entsch. vom 8. Jänner 1868, Nr. 10572 (Best. der Urtheile des B. G. Frankenmarkt vom 31. Dec. 1866, Nr. 3809 und des O. L. G. Wien v. 13. August 1867, Nr. 11601). G. Z. 1868, Nr. 26.

Mit der im Jahre 1863 angestellten negatorischen Servitutsklage belangte die seit 1850 in Folge Kaufes im Grundbuche stehende Eigenthümerin der Liegenschaft A die grundbücherlichen Eigenthümer der Grundstücke B, C, D und E wegen unbefugter Ausübung des nicht intabulirten Fahrtrechtes über die Liegenschaft. Die Beklagten vertheidigten sich mit der Einrede der Ersitzung (§. 1498 a. b. G. B.) und erbrachten durch Zeugen den Beweis, daß von ihnen und ihren Besitzvorfahren das Fahrtrecht seit 1824 bis 1863 ununterbrochen ausgeübt und von der Klägerin im Jahre 1850 bei der Errichtung ihres Kaufes dem Verkäufer und dem damaligen Besitzer des Grundstückes B, welche sie aufmerksam machten, daß dem Letzteren so wie den Besitzern der Parcellen C, D und E das Fahrtrecht über die Liegenschaft A bisher eingeräumt worden sei, die Erklärung abgegeben wurde, daß sie auch damit einverstanden sei und wie es früher mit dem Fahrtrecht gehalten worden, es auch künftig sein soll. Die Klägerin führte dagegen an, daß die Beklagten, seit sie die Liegenschaft besitzt, jedesmal um die Erlaubniß darüber zu fahren sich beworben haben und nur in Folge ihrer aus Gefälligkeit gegebenen Zustimmung gefahren seien; sie vermochte aber nicht den mittelst Zeugen angebotenen Beweis dieser von den Gegnern geleugneten Thatsache herzustellen. — Von beiden Untergerichten wurde auf Grund der obenerwähnten Einrede der Beklagten das Klagbegehren abgewiesen und vom obersten Gerichtshofe die dagegen ergriffene a. o. Revisionsbeschwerde der Klägerin verworfen. Motive der dritten Instanz: In Erwägung, daß die Bestimmung des §. 1500 a. b. G. B. nur bezweckt, den redlichen Erwerber (Singularsuccessor), welcher eine unbewegliche Sache

im Vertrauen auf das öffentliche Buch als freies, unbelastetes Eigenthum an sich gebracht hat, vor dem Nachtheil zu bewahren, der für ihn entstände, wenn ein durch Ersitzung oder Verjährung erworbenes, in das öffentliche Buch noch nicht eingetragenes Recht, mithin ein blos persönlicher Anspruch gegen ihn geltend gemacht werden wollte; daß aber die Voraussetzung und der Zweck dieser Vorschrift dann nicht eintritt, wenn es sich um die Fortsetzung einer bereits begonnenen Ersitzung gegen den neuen Erwerber handelt, welcher von der bisherigen Ausübung des Rechtes, dessen Ersitzung in Frage steht, Kenntniß hat, weil er in einem solchen Falle vermöge dieser Kenntniß die Ersitzung zu unterbrechen in der Lage ist; daß die Behauptung der Beklagten, daß beim Abschluß des Kaufes im Jahre 1850 nicht nur die Klägerin von dem Verkäufer und dem Vorfahren des Erstbeklagten im Besitze der Parcelle B auf das von den Besitzern der Parcellen B, C, D und E bis dahin ausgeübte Fahrtrecht aufmerksam gemacht wurde, sondern sogar sich damit einverstanden erklärte, durch die auf Antrag der Beklagten vernommenen Zeugen bestätigt worden ist und der Umstand, daß sie von dem Fahren der Beklagten über ihr Grundstück während der Periode ihres (der Klägerin) Besitzes Kenntniß hatte, auch aus den Aussagen der Zeugen der Klägerin hervorgeht; und daß durch ihre Zeugen ein vollständiger Beweis darüber, daß sie den Beklagten nur bittweise und aus Gefälligkeit das Fahren über ihr Grundstück gestattet habe, nicht hergestellt worden ist, konnte ein Grund zur Abänderung der gleichförmigen Erkenntnisse der Untergerichte nicht gefunden werden.

Nr. 2963.

Unwirksamkeit der einseitigen nachträglichen Genehmigung eines von der Obervormundschaftsbehörde verworfenen Vertrages seitens des großjährig Gewordenen.

Entsch. v. 8. Jänner 1868, Nr. 11657 (Abänd. der Urth. des B. G. Tüffer v. 8. Nov. 1866, Nr. 3369 und des O. L. G. Graz v. 15. Mai 1867, Nr. 5085). G. Z. 1868, Nr. 35.

Im Jahre 1856 hatte A mit seinem minderjährigen Sohne B durch einen für denselben bestellten Curator einen Verkaufsvertrag über seine Realität mit Vorbehalt der Genehmigung der Curatelsbehörde geschlossen, welche Genehmigung zwar angesucht, aber vom Gerichte verweigert wurde. Im Februar 1864 setzte der mittlerweile großjährig gewordene B dem Vertrage seine Genehmigung bei und erwirkte die grundbücherliche Einverleibung seines Eigenthumsrechtes, wovon sein Vater verständigt wurde, ohne dagegen gleich einen Schritt

zu machen. Erst ein volles Jahr darnach begehrte A mit Klage die Ungiltigerklärung des Vertrages und der darauf gegründeten Eigenthumseinverleibung, weil der obercuratorisch nicht genehmigte Vertrag durch die einseitige Erklärung des Sohnes nicht zur Geltung gelangen konnte. Der Beklagte B berief sich auf die Rechtskraft der Einverleibung und darauf, daß er noch vor derselben dem Vater den Originalvertrag zurückgeben wollte, dieser aber ihn anwies, die Urkunde zu behalten: denn das, was er, der Vater, gemacht habe, soll gemacht bleiben, — was aber der Kläger widersprach. — Die erste Instanz gab dem Klagbegehren statt in der Erwägung, daß nach den §§. 152, 233, 244 und 865 a. b. G. B. Minderjährige wohl durch einseitige Verträge Rechte erwerben, keineswegs aber ohne Genehmigung des Gerichtes zweiseitig verbindliche Verträge abschließen können; daß der Vertrag vom Jahre 1856 die obercuratorische Genehmigung nicht erhielt, somit rechtsungiltig ist, §. 865; endlich daß der Vertragsnachtrag vom Februar 1864 nur eine Willensäußerung des Geklagten enthält, daß er als Eigenberechtigter mit dem Vertrage einverstanden sei, diese einseitige Erklärung aber keineswegs geeignet ist, den rechtsungiltigen Vertrag wirksam zu machen, §. 861. — Das Obergericht wies den Kläger ab. Gründe: Die unbestrittenen Thatumstände und insbesondere das Stillschweigen des Klägers zu der ihm bekanntgewordenen Intabulation des Kaufvertrages lassen keinen Zweifel darüber, daß er gegen die vom Beklagten nach dessen Großjährigkeit erfolgte Annahme des nicht zurückgezogenen Vertragsanerbietens und gegen die Wirksamkeit des Vertrages keine Einsprache erheben, daß er vielmehr diesen Vertrag als giltig und wirksam betrachten wollte. (§. 863 a. b. G. B.)

Der oberste Gerichtshof machte jedoch die Sachfälligkeit des Geklagten von dem Haupteide über die von der Eigenthumseinverleibung des Sohnes demselben vom Vater gemachte Aeußerung abhängig, letzterer möge nur den Originalvertrag behalten, es solle dabei bleiben. Gründe: In Erwägung, daß der Kläger in Gemäßheit des §. 865 a. b. G. B. so lange, bis die Genehmigung der Curatelsbehörde erfolgt, allerdings vom Vertrage nicht zurücktreten konnte, daß diese Genehmigung aber ausdrücklich verweigert wurde und daß der Kläger hierauf im Sinne des erwähnten Paragraphen aus obigem Vertrage nicht länger in Haftung blieb und der mittlerweile großjährige Beklagte durch seine Beitrittserklärung vom Februar 1864 die erloschene Verbindlichkeit des Klägers nicht mehr aufleben machen konnte, kann der Vertrag und diese Erklärung als zu Recht bestehend nicht angesehen werden, es wäre denn, daß der Kläger nachträglich erklärt hätte, noch an sein im Vertrage gegebenes Versprechen gebunden sein zu wollen. Der Haupteid ist bestimmt, eine solche nachträgliche Erklärung zu erweisen und wurde daher auf selben erkannt.

Nr. 2964.

Unstatthaftigkeit der Klage auf Rechnungslegung seitens des Erben des geschäftsführenden Gesellschafters gegen den überlebenden Gesellschafter.

Entsch. v. 9. Jänner 1868, Nr. 10381 (Best. des das Urth. des Consulargerichtes in Bukarest v. 8. Nov. 1866, Nr. 13308, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 4. Sept. 1867, Nr. 15733). G. H. 1868, S. 214.

B hatte mit Vertrag vom 1. November 1853 den A zur Führung seines Geschäftes gegen Antheil am Gewinn aufgenommen. Nach dem Tode des A trat dessen Tochter und Erbin gegen B klagend auf, indem sie für den Verstorbenen aus der Geschäftsperiode vom 1. November 1853 bis zum Tode des A (Ende December 1854) noch einen Gewinnsantheil in Anspruch nahm und deshalb den B auf Ablage der Rechnung belangte.

Der oberste Gerichtshof erkannte auf Abweisung der Klage. Gründe: Die Rechnungslegung setzt begrifflich auf Seite des hiezu Verpflichteten die Verwaltung eines fremden oder eines gemeinschaftlichen Vermögens voraus und ist dies in Ansehung des letzteren in den §§. 837 und 1198 a. b. G. B. ganz deutlich ausgesprochen. Das im §. 1206 a. b. G. B. dem Erben eines verstorbenen Socius, mit welchem die Gesellschaft nicht fortgesetzt wird, eingeräumte Recht, die Rechnungen bis zum Tode des Erblassers zu fordern, steht demselben, wie jedem anderen Socius, nach §. 1198 a. b. G. B. nur gegen jenen Gesellschafter zu, der die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens besorgt hat, sowie der Erbe selbst, nach §. 1206 a. b. G. B., den anderen Gesellschaftern zur Rechnungsablage nur insoweit verpflichtet sein kann, als sein Erblasser die Verwaltung der Societät geführt hat. Hieraus ergibt sich die Unstatthaftigkeit des Begehrens der Klägerin auf Rechnungsablage von Seite des Beklagten für eine Zeit, in welcher nicht der letztere, sondern ihr Vater der Geschäftsführer und vielmehr dieser dem Beklagten zur Rechnungslegung verpflichtet war. Glaubt aber die Klägerin als Erbin ihres Vaters noch einen Gewinnsantheil fordern zu können, so war die Klage auf Rechnungslegung hiefür nicht der richtige Weg, da B als Inhaber des Geschäftes offenbar nicht angehalten werden kann, über die Gestion seines Geschäftsführers Rechnung zu legen, und die Klägerin als Erbin des A nicht mehr Rechte hat als A selbst, der zu einem solchen Anspruch gegen B niemals berechtigt gewesen wäre.

Nr. 2965.

Berechtigung des Testamentsexecutors zur Abhandlungspflege trotz der hiezu erfolgten Bevollmächtigung eines Anderen seitens des Erben.

Entsch. v. 9. Jänner 1868, Nr. 11674 (Best. der Decr. des L. G. Wien v. 8. Oct. 1867, Nr. 55299 und vom 11. Oct. 1867, Nr. 55968, Aufheb. des Decr. des O. L. G. Wien v. 12. Nov. 1867, Nr. 20657). G. Z. 1868, Nr. 63. G. H. 1868, S. 91. Gerichtsbote 1868, Nr. 8.

M hatte in seinem Testamente seine Gattin zur Universalerbin bestimmt, seine Kinder und Enkel auf den Pflichttheil gesetzt, im § 8 den Advocaten A mit der Abhandlungspflege betraut und ihn zum Testamentsexecutor bestellt. Die Witwe des M überreichte bei der Abhandlungsbehörde ein Gesuch mit einer Generalvollmacht, in welcher sie den Notar B als ihren Machthaber bestellte, und gleichzeitig durch denselben die Erbserklärung. Einige Tage nachher wurde Dr. A vom Gerichte als testamentarisch ernannter Abhandlungspfleger und Testamentsvollstrecker bestellt, und dessen Anzeige, daß er das Amt des Abhandlungspflegers und Testamentsexecutors übernehme, mit dem Bedeuten zur Kenntniß genommen, daß er zwar nach §. 8 des Testaments als zur Abhandlungspflege nach diesem Erblasser berufen und berechtigt anerkannt werde, er jedoch diese Abhandlung im Einverständnisse mit der Testamentserbin und rücksichtlich mit ihrem ausgewiesenen Machthaber, dem Notar B, zu pflegen und daher die betreffenden Eingaben von demselben mitfertigen zu lassen habe. — Gegen diese Bescheide überreichte die Erbin durch den Notar B den Recurs und das O. L. G. hob die unterrichterlichen Bescheide in der Erwägung auf, daß der §. 8 des Testaments nicht als ein Auftrag an den Erben aufgefaßt werden kann, die Abhandlung des Nachlasses durch Dr. A pflegen zu lassen, als bloßer Wunsch aber für den Erben nicht verbindlich ist, daß die Berechtigung eines Dritten, die zur Besitznehmung der Erbschaft nöthigen gerichtlichen Einschreitungen für den Erben zu machen, jedenfalls eine Bevollmächtigung von Seite des Erben voraussetzt und von der Erbin zur Abhandlungspflege nach ihrem Gatten mittelst vorgelegter Vollmacht der Notar B berufen worden ist; daß daher Dr. A von dem Gerichte weder als Abhandlungspfleger zu bestellen war, noch auch als zur Abhandlungspflege berechtigt angesehen werden kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte hingegen die erstrichterlichen Bescheide. Denn, so lautete die Begründung, wenngleich dem Abhandlungsgericht die von der Testamentserbin dem Notar B ertheilte Vollmacht zu ihrer Vertretung in dieser Verlassenschaftsangelegenheit und zu allen behufs der Verlassenschaftsabhandlung erforderlichen Einschreitungen und Verfügungen ausgewiesen worden ist, und wenngleich es einem eigenberechtigten Erben nicht verwahrt werden kann, sich in

der Verlassenschaftsabhandlung und in allen damit im Zusammenhange stehenden Angelegenheiten durch einen Bevollmächtigten seiner Wahl vertreten zu lassen, so kann doch damit, daß die Erbin für sich einen Bevollmächtigten bestellt hat, die ausdrückliche Testamentsbestimmung, zufolge welcher der Erblasser mit der Abhandlungspflege seines Nachlasses den Dr. A betraut hat, nicht als beseitigt angesehen werden, weil die Abhandlungspflege nicht ausschließlich nur das Interesse der Testamentserbin, sondern auch die Interessen anderer Betheiligten, als welche hier insbesondere die auf den Pflichttheil beschränkten Kinder und Enkel des Erblassers erscheinen, berührt, und weil vorauszusetzen ist, daß der Erblasser zu der im Absatze 8 des Testaments getroffenen Bestimmung seine besonderen Gründe gehabt habe, über welche das Gericht nicht einfach hinweggehen kann. Der Testamentserbin bleibt es sohin völlig unbenommen, in Allem, was bei dem Verlassenschaftsabhandlungsgeschäfte ihre Person und ihr Interesse betrifft, sich durch ihren Bevollmächtigten vertreten und denselben für sie handeln zu lassen; sie kann aber nicht als berechtigt angesehen werden, die vom Erblasser nach seinem ausdrücklich ausgesprochenen Willen beabsichtigte Ingerenz des Dr. A bei der Abhandlungspflege zu beseitigen. Da nun die mittelst der erstgerichtlichen Bescheide getroffenen Verfügungen diesen Gesichtspunkten vollkommen entsprechen, so erscheint deren Aufhebung durch das O. L. G. nicht gerechtfertigt und sind dieselben vielmehr aufrecht zu erhalten.

Nr. 2966.

Selbstverständliche Verpflichtung des Käufers zur Bezahlung des Capitalswerthes der von ihm auf Rechnung des Kaufschillings mit einem capitalisirten Werthe zur Zahlung übernommenen wiederkehrenden Leistungen nach Beendigung derselben. Directer Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldübernehmer.

Entsch. v. 10. Jänner 1868, Nr. 10552 (Best. des Urth. des L. G. Wien v. 15. Jänner 1867, Nr. 74630, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 14. Juli 1867, Nr. 10250). G. Z. 1868, Nr. 82. Gerichtshalle 1868, Nr. 4.

Die Erben der A belangten die Erbin des B auf Zahlung von 1422 fl. auf Grund folgender Anführungen: Mit Vertrag vom 9. August 1838 habe die A ihr Haus um 2475 fl. an die C verkauft. Die Käuferin habe von diesem Kaufschillinge einen Theilbetrag von 1422 fl. nicht bezahlt, welcher als Bedeckungscapital für das der M gebührende, auf diesem Hause haftende Fruchtnießungsrecht von

einem Capitale per 622 fl. und für das ebenda haftende unentgeltliche, mit dem Jahresbetrage von 40 fl. reluirte Wohnungsrecht von dem Kaufschillinge in der Art in Abrechnung gebracht wurde, daß dessen Bezahlung erst bei Ableben der M erfolgen solle. Desgleichen habe die C beim Weiterverkaufe dieses Hauses von dem im Vertrage ddo. 8. Februar 1842 stipulirten Kaufschillinge den Theilbetrag von 1673 fl. nicht bezahlt erhalten, sondern der Käufer B habe die Zahlungspflicht bezüglich dieses Betrages, wovon der Theilbetrag von 1422 fl. das obgedachte Bedeckungscapital bildete, als Selbstschuldner und Zahler übernommen. Diese Verpflichtung sei auf die Geklagte übergegangen, welcher, als bedingt erklärte Erbin, der Nachlaß des B eingeantwortet worden sei. Nachdem nun die M gestorben und dadurch das mit deren Fruchtgenuß belastete Bedeckungscapital, resp. die noch unberechtigte Kaufschillingsrestforderung per 1422 fl. frei geworden ist, so sei die Geklagte zur Zahlung derselben an die Kläger als Erben der ursprünglichen Verkäuferin verpflichtet. Die Geklagte producirte einen Grundbuchsextract, aus welchem hervorging, daß auf dem fraglichen Hause lediglich die persönlichen Servituten des Fruchtgenusses von dem Betrage per 622 fl. und der Wohnung für die M einverleibt erscheinen, daher diese Servituten durch den Tod der M erloschen seien. Ein Bedeckungscapital erscheine also grundbücherlich nicht einverleibt. Es wurde ferner eingewendet, daß die Behauptungen der Kläger bezüglich der beiden Kaufverträge durch den Wortlaut derselben widerlegt werden. In dem ersten Vertrage von 1838 heiße es ausdrücklich, daß die Käuferin C den Kaufpreis derart berechne, daß sie a) den gedachten Fruchtgenuß und das Wohnungsrecht der M bis zum Ableben derselben als Schuldnerin und Zahlerin übernehme, und die Verkäuferin erklärt sich in Ansehung des Kaufschillings für vollkommen befriedigt und ertheilt ohneweiters die Auffandung. Die Absicht der Contrahenten, daß die Käuferin noch außerdem die capitalisirten Werthe dieser jährlichen Leistungen nach deren Aufhören zahlen solle, sei also durch den Inhalt des Vertrages ausgeschlossen. Dasselbe gelte von dem zwischen der C und dem B geschlossenen Vertrage, worin erklärt wird, daß der ganze Kaufschilling durch Uebernahme obiger Servituten und durch sonstige Zahlung gehörig ausgewiesen sei. Auch hierin komme kein Vorbehalt der Verkäuferin auf weitere Zahlungen vor. Die eingeklagte Forderung existire daher nicht und dies habe das Landesgericht bereits anerkannt, indem es in einem — von der Geklagten allegirten — Bescheide das Ansinnen der Geklagten, bei der Abhandlung nach B die nunmehr gegen sie als Erbin eingeklagten Capitalswerthe der gedachten Servituten als Verlassenschaftspassivum zu behandeln, auf Grund der vorgelegten Behelfe abgewiesen hat. Die Geklagte wendete ferner ein, daß die eingeklagte Forderung, selbst wenn sie bestünde, von den Klägern nur gegen die C geltend gemacht werden könne, denn sie — die B —

stehe mit ersteren in gar keinem Rechtsverhältnisse, sie sei nicht mehr Besitzerin des fraglichen Hauses und der Vertrag der C mit B, welchem weder die Kläger noch ihre Rechtsvorfahren beigetreten seien, erscheine den Klägern gegenüber als ein Geschäft zwischen dritten Personen, aus welchem die Kläger keine Rechte ableiten können. Endlich wurde eingewendet, daß die Geklagte als bedingt erklärte Erbin nur quoad vires hereditatis haften würde, daher das unbedingt lautende Klagebegehren eine pluris petitio enthalte. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte die Geklagte unbedingt und unbeschränkt zur Zahlung des eingeklagten Betrages. Die Gründe lauten im Wesentlichen folgendermaßen: Die Einwendung, daß die C nach dem Ableben der M zur Zahlung der bei der Bezahlung des Kaufschillings in Anschlag gebrachten Beträge laut Inhalt des Kaufvertrages nicht verpflichtet war, sei unbegründet. Laut dieses Vertrages wurden die jährlichen Leistungen an die M nicht als solche zur Zahlung übernommen, sondern jenes Capital, von welchem der Fruchtgenuß, d. i. der Zinsenbezug der M gebührte, in Anschlag gebracht und das Wohnungsrecht durch die Abrechnung eines auf die jährlichen Leistungen bezugnehmenden, ziffermäßig ausgemittelten Capitals von dem Kaufschillinge mit diesem in ein directes Verhältniß derart gestellt, daß sich die jährlichen Leistungen als entsprechendes Aequivalent für die Nichtzahlung dieses Theiles des Kaufschillings durch jene Zeit herausstellten, während welcher die Leistungen stattfanden. Daraus ergibt sich von selbst die Berechtigung des Verkäufers, die volle Zahlung des Kaufpreises dann zu begehren, sobald jene Leistungen wegfielen. Da nun eine Urkunde in ihrem Zusammenhange aufgefaßt werden muß, so kann auch der Absatz des Vertrages von 1838, worin es heißt: „Nachdem der ganze Kaufschilling durch Uebernahme der auf dem Hause haftenden Sätze und sonstigen Einverleibungen, dann durch Zahlung des Kaufschillingsrestes bereits vollkommen berichtigt ist, so ꝛc.“, nur in Gemäßheit der obenerwähnten Beschränkungen erklärt werden, und ist die Folgerung der Geklagten, daß nach dessen Inhalt jede weitere Zahlung eines Kaufschillingsrestes entfalle, unrichtig. Ebenso unbegründet ist die weitere Einwendung, daß B diese an die C zu stellende Klagordnung zur Zahlung nicht übernommen habe. Es ist wohl richtig, daß in diesem zweiten Vertrage diese Forderungen ziffermäßig und speciell nicht erwähnt werden. Allein der Käufer übernimmt in diesem Vertrage die auf dem erkauften Hause haftenden Satzposten im Betrage von 1673 fl., somit auch die hierauf einverleibten Forderungen hinsichtlich des der M gebührenden Fruchtgenuß- und Wohnungsrechtes, da über diese Leistungen im Vertrage eine anderweitige Bestimmung nicht getroffen wurde. Ebenso selbstverständlich ist, daß diese Forderungen in jenem Betrage eingerechnet worden sind, in welchem dieselben damals zu Gunsten der früheren Käufer bestanden haben. Ungerechtfertigt ist auch die Einwendung, daß

die Kläger, resp. deren Rechtsvorgänger aus den beiden Verträgen, als zwischen anderen Personen geschlossen, keine Rechte ableiten können, da doch unbestritten in denselben Vereinbarungen getroffen worden, welche auf diese Forderungen dritter Personen Bezug nehmen, folglich die Rechtssphäre dieser dritten Personen berührten, indem durch diese Verträge zunächst die C, sohin aber B als Schuldner bezüglich dieser Forderungen beigetreten, somit den Forderungsberechtigten selbstverständlich verpflichtet worden sind. Für die Entscheidung endlich ist der Umstand, daß in dem Klagbegehren der Beisatz, die Geklagte habe nur nach Maßgabe des Nachlasses zu zahlen, nicht gemacht worden ist, ganz unwesentlich, da sich diese Beschränkung aus dem Inhalt der Klage von selbst ergibt. — Das O. L. G. erkannte auf gänzliche Abweisung des Klagbegehrens aus folgenden Gründen: Das Recht der Kläger, die eingeklagten Capitalsbeträge nach dem Tode der Servitutsberechtigten M zu fordern, kann nicht gegen die heutige Geklagte geltend gemacht werden, denn der erste der beiden Verträge wurde zwischen der A, also der Rechtsvorfahrin der Kläger einerseits und zwischen der C andererseits geschlossen. Im zweiten Vertrage hat wohl B die Verpflichtung zur fortwährenden Leistung des Fruchtgenusses als Selbstschuldner und Zahler übernommen; da jedoch die frühere Verkäuferin A oder deren Erben dieser Zahlungsübernahme nicht beistimmten, so kam dadurch nur eine unvollständige Assignation zu Stande, welche für diese ursprüngliche Verkäuferin nicht wirksam ist (§. 1402 a. b. G. B.). Dem steht nicht entgegen, daß der zweite Vertrag, wenngleich nicht unter Intervention der früheren Verkäuferin geschlossen, dennoch ihre Rechtssphäre berühre; denn sehr häufig haben Verträge einen indirecten Einfluß auf dritte Personen, ohne daß diesen hiedurch aber auch schon deshalb Rechte gegen die Vertragschließenden erwachsen würden; zudem wurde aber durch diesen Vertrag das Rechtsverhältniß der früheren Verkäuferin zu der C nicht im Mindesten beirrt oder geändert, blieb vielmehr ganz dasselbe. Auch die Annahme, daß die C und B durch diesen Vertrag Solidarmitschuldner geworden wären, erscheint ganz unrichtig, denn eine Solidarverbindlichkeit kann nur in den im Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen angenommen werden, ein solcher tritt aber hier nicht ein.

Der oberste Gerichtshof bestätigte dagegen das erstrichterliche Urtheil. In den Gründen, in welchen zunächst die beiden Verträge im Sinne der erstrichterlichen Motive interpretirt werden, heißt es sohin: .....Es steht also dem Klaganspruche durchaus nicht entgegen, daß in dem ersten Vertrag nicht ausdrücklich gesagt wurde, daß die Käuferin nach dem Tode der M den inzwischen unbezahlt gebliebenen Kaufschillingsbetrag per 1422 fl. der Verkäuferin auszuzahlen habe, da sich ja dies aus der Einrechnung in den Kaufschilling und aus der Verpflichtung des Käufers, den ganzen Kaufschilling zu zahlen, von selbst ergibt und es einer ausdrücklichen Erklärung vielmehr dann

bedurft hätte, wenn eine Verzichtleistung der Käuferin auf diesen Kaufschillingsbetrag stattfinden, und die Käuferin blos dadurch, daß sie für die Lebensdauer der M 5 Percent von 1422 fl. zahlte, von der Capitalschuld befreit sein sollte, was auch der C gar nicht einfiel, da sie sich sonst nicht im zweiten Vertrage unter den Satzposten per 1673 fl. auch jene 1422 fl. in den Kaufschilling hätte einrechnen lassen. Auch die weitere Einwendung, daß die A aus dem zweiten Vertrage kein Forderungsrecht wider B erworben habe, weil dieser Vertrag nur von der C mit B abgeschlossen wurde, ist unstichhältig, weil die Zahlungsverpflichtung ja im Interesse der A dem B auferlegt und von ihm übernommen, und diese Assignation durch deren Geltendmachung von Seite der Kläger eine vollständige geworden ist. Endlich bedurfte es im Urtheile auch nicht des Beisatzes, daß die Geklagte nur als Erbin des B nach Zulänglichkeit der Verlassenschaft zu zahlen schuldig sei, da diese Zulänglichkeit aus der vorliegenden Nachlaßnachweisung sich ergibt und das Hervorkommen weiterer Passiven von den Geklagten nicht behauptet wurde.

Nr. 2967.

Summarisches Verfahren: Unzulässigkeit des dem Curator irreferibel aufgetragenen Eides über ein ihm fremdes Factum.

Entsch. v. 10. Jänner 1868, Nr. 11411 (Best. des das Urth. des K. G. Jungbunzlau v. 14. August 1867, Nr. 5782, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 22. Oct. 1867, Nr. 25436). G. H. 1868, Nr. 190.

In dem summarisch verhandelten Proceß des Wechselinhabers A wider die Verlassenschaft des Giranten B erkannte die erste Instanz auf den unrückschiebbar dem Curator der Verlassenschaft aufgetragenen Hauptei d, daß er die Unterschrift des B auf dem Wechsel für unecht halte. Das O. L. G. beseitigte den Eid und verwarf ohne Weiteres das Klagbegehren.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz, weil die im Justizhofdecret vom 26. April 1842, J. G. S. Nr. 610, nomirte, ausnahmsweise und der richterlichen Beurtheilung anheimgegebene Zulässigkeit eines unrückschiebbaren Haupteides jedenfalls auf der Voraussetzung beruht, daß der Delat nach den vorliegenden Umständen von der Wahrheit oder Unwahrheit der damit zu beweisenden Thatsache Kenntniß haben kann, mithin hier, wo diese Voraussetzung nicht eintritt, da der Nachlaßcurator von der Echtheit der Unterschrift des verstorbenen B auf dem Wechsel eigene Kenntniß und Erfahrung nicht wohl haben kann, die Delation des irreferiblen Haupteides an denselben unstatthaft war.

Nr. 2968.

Summarisches Verfahren: Unzulässigkeit des dem Curator referibel aufgetragenen Hauptteides über ein ihm fremdes Factum.

Entsch. v. 10. Jänner 1868, Nr. 11473 (Best. des das Urth. des K. G. Jungbunzlau vom 10. April 1867, Nr. 2768, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 29. Oct. 1867, Nr. 15322). G.-H. 1868, S. 58.

A, als Verlassenschaftscurator nach M, klagte wider B auf Zahlung des Wechselbetrages per 165 fl. sammt Anhang. Der Beklagte setzte dem Klaganspruche die Einwendung entgegen, daß er die angeklagte Wechselforderung dem M noch bei dessen Lebzeiten bezahlt habe. Zur Erweisung dieser Behauptung hat Beklagter über das angeführte, vom klagenden Curator der Verlassenschaft aber widersprochene Factum der angeblich geleisteten Zahlung dem Curator den rückschiebbaren Hauptteid aufzutragen. — Das Gericht erster Instanz hat den Zahlungsauftrag bedingt aufrecht erhalten, wenn der Kläger den ihm aufgetragenen Hauptteid dahin ablegt: „es sei nach seinem besten Wissen und Gewissen nicht wahr, daß der Beklagte den Betrag von 165 fl. dem M noch bei Lebzeiten bezahlt habe"; weil die Bestimmungen der §§. 32 und 36 des Gesetzes über den summarischen Civilproceß im vorliegenden Falle für anwendbar und die Eidesauftragung für statthaft angesehen wurde. — Dagegen hat das O. L. G. den Zahlungsauftrag unbedingt aufrecht erhalten und dem Klagbegehren stattgegeben, weil (so die Gründe) die fragliche Eidesauftragung nach §. 207 a. G. O. unstatthaft sei, indem der Delat nicht im eigenen Namen, sondern für die Verlassenschaft eines Verstorbenen, dessen Erben im Processe als Streittheil nicht fungiren, den Proceß führt und ihm der Hauptteid über fremde Handlungen nicht aufgetragen und er auch nicht angehalten werden kann, den ihm ordnungswidrig aufgetragenen Hauptteid dem Gegner zurückzuschieben und hiedurch die Entscheidung der Rechtssache in dessen Hände zu legen; weil die §§. 32 und 36 des Gesetzes über den Summarproceß im vorliegenden Falle keine Anwendung finden, da durch diese Paragraphen die Bestimmung des §. 207 der a. G. O. nicht aufgehoben wurde, sondern selbe nur die Annahme oder Zurückschiebung solcher Haupteide betreffen, deren Auftragung nach dem Gesetze zulässig erscheint, was rücksichtlich des hier in Rede stehenden Haupteides nicht der Fall ist; weil mithin das angebotene Beweismittel des Haupteides im gegenwärtigen Streite nicht anwendbar und der Beklagte andere Beweismittel über die geleistete Zahlung nicht beigebracht hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: „Der Beklagte hat keinen gerichtsordnungsmäßigen Beweis über die von ihm behauptete Zahlung des Klagwechsels an-

geboten. Der dem Verlassenschaftscurator rückschiebbar aufgetragene Haupteid ist nach §. 207 a. G. O. unzulässig, weil der Curator nicht im eigenen Namen Proceß führt, und weil ihm über fremde Handlungen, von denen er keine Kenntniß hat, kein Haupteid aufgetragen werden kann, da er offenbar nicht im Stande ist, dieselben eidlich zu negiren. Es bliebe ihm daher nichts anderes übrig, als den Haupteid dem Gegner zurückzuschieben und dadurch den Erfolg des Processes in dessen Hände zu legen. Da der Beklagte einen anderen Beweis über die angeblich geleistete Zahlung nicht anbot und der angeblich schon bezahlte Wechsel noch immer in Händen des Klägers ist, obgleich nach Art. 39 W. O. ihm bei der Zahlung der Wechsel einzuhändigen war, so mußte das obergerichtliche Urtheil bestätigt werden.

Nr. 2969.
Actio negatoria.

Entsch. v. 10. Jänner 1868, Nr. 11539 (Best. des Urth. des G. B. Schwarzkostelet v. 22. Jänner 1867, Nr. 423, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 12. Juni 1867, Nr. 12874). G. H. 1868, S. 139.

A, Eigenthümer einer grundbücherlich mit keiner Servitut belasteten Wiese, belangte seinen Nachbar B mit der negatorischen Klage, weil derselbe beim Umackern seines Feldes mit dem Pfluge auf die Wiese des Klägers fährt und darauf umkehrt. .

Der oberste Gerichtshof hat der Klage aus folgenden Gründen stattgegeben: Nach dem Ergebniß der Streitverhandlung und nach dem Anbringen des Beklagten selbst muß angenommen werden, daß derselbe und seine Besitzvorfahren das Umkehren mit Pferden auf der Wiese des Klägers, obschon sie es durch viele Jahre factisch ausübten, niemals als ein Recht, die Gestattung des Umkehrens vom Kläger niemals als eine Schuldigkeit gefordert haben; wenn daher der Kläger das Umkehren gestattete, so kann es seinerseits nur aus nachbarlicher Gefälligkeit geschehen sein. Da somit der Beweis fehlt, daß der Beklagte durch das Wenden des Pfluges auf der Wiese des Klägers von einem Recht Gebrauch gemacht habe und dadurch in den Besitz der Servitut gekommen sei, so kann beim Abgang dieses ersten und wichtigsten Erfordernisses der Erwerbung mittelst der Ersitzung von derselben keine Rede sein, um so minder, da die vernommenen Zeugen eben auch nur das factische Einfahren des Beklagten und seines Vorgängers und Umwenden des Pfluges zu drei verschiedenen Zeiten, ohne daß hieraus auf die ununterbrochene Ausübung eines Rechtes geschlossen werden könnte, und selbst dieses factische Einfahren und Umwenden nur für Zeitpunkte (vor 25, vor nicht ganz 30 Jahren) bestätigten, seit welchen bis zur Klaganstellung 30 Jahre nicht verstrichen waren.

Nr. 2970.

Wirksamkeit mündlicher Abreden neben der Vertragspunktation.

Entsch. v. 14. Jänner 1868, Nr. 11584 (Best. des das Urth. des G. B. Graz v. 20. August 1866, Nr. 9943, abänd. Urth. des O. L. G. Graz vom 21. März 1867, Nr. 2631). G. H. 1868, S. 170.

Durch Vertragspunktation hat die Klägerin A dem Beklagten B ihr Haus und die ganze Fahrniß, wie sie liegt und steht, mit Ausnahme eines Kastens und eines aufgerichteten Bettes, überlassen. Sofort nach der Errichtung der Punktation ist aber von den Contrahenten mündlich das Uebereinkommen getroffen worden, daß der A die lebenslängliche Benützung der übrigen Einrichtungsstücke vorbehalten bleibe, und darauf gründete sie die Klage auf deren Herausgabe, welche in erster Instanz wegen des Widerspruches zwischen der mündlichen Abrede und dem Inhalte der Punktation nach §. 887 a. b. G. B. abgewiesen wurde.

In Erwägung, daß nach der Aussage der Zeugen der Klägerin die von ihr ausdrücklich verlangte Aufnahme des oberwähnten Vorbehaltes in der Vertragspunktation nur deshalb unterblieben ist, weil B dessen Zuhaltung ausdrücklich versprochen und darum die Einschaltung desselben in der Punktation für überflüssig erklärt hatte; daß bei dieser Sachlage der Beklagte, ohne wort- und vertragsbrüchig zu werden, der übernommenen Verbindlichkeiten sich nicht entziehen und zur Beschönigung eines solchen Vertragsbruches auf den §. 887 a. b. G. B. sich umsoweniger berufen kann, als hier über den verabredeten Kauf oder Verkauf nicht eine förmliche Vertragsurkunde im Sinne des §. 884 a. b. G. B., sondern blos eine Punktation, d. i. ein Aufsatz über die Hauptpunkte errichtet worden ist, der insbesondere in Beziehung auf das Quantum und Quale des mitverkauften beweglichen Vermögens und auf den Zeitpunkt und die Art der Uebergabe sich als lückenhaft zeigt — daher denn auch den gleichzeitig getroffenen mündlichen Festsetzungen über von der Punktation nicht berührte Nebenpunkte die Rechtsgiltigkeit und Wirksamkeit nicht abgesprochen werden kann, hat der oberste Gerichtshof das dem Klagbegehren stattgebende Urtheil der zweiten Instanz bestätigt.

Nr. 2971.

Besitzstörungsproceß: Legitimation des Klägers.

Entsch. v. 14. Jänner 1868, Nr. 198 (Best. des das Decr. des B. G. Böhmisch-Leipa v. 15. Sept. 1867, Nr. 4895, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 6. Nov. 1867, Nr. 28880). G. H. 1868, S. 134.

A belangte im eigenen Namen den B in possessorio summariissimo wegen Störung im Besitz einer Ziegelei, welche A auf dem Grund-

stück der M errichtet und im Betrieb hatte. Der Beklagte widersprach der Anführung des Klägers, daß derselbe die Ziegelei in eigenem Namen und für seine Rechnung betreibe, und machte geltend, daß die Ziegelei vielmehr der M gehöre und für ihre Rechnung vom Kläger als ihrem Mandatar betrieben werde. A vermochte diesem Widerspruch entgegen seine Behauptung nicht zu beweisen, sowie umgekehrt auch nicht von B das klägerischerseits abgeleugnete Mandatsverhältniß des A zur M in Betreff der Ziegelei dargethan wurde. Außer der Einwendung, der dem Kläger, als bloßem Inhaber fehlenden Sachlegitimation, brachte der Beklagte den weiteren Einwand vor, daß nach dem plötzlichen Tode der ohne Testament verstorbenen M, welcher den Kläger zu einer dringenden Geschäftsreise veranlaßte, die nicht unbedeutende Verlassenschaft und besonders die Größe der Liegenschaft, auf welcher die Ziegelei errichtet ist, im Interesse der Erbschaft eine schnelle Verfügung erheischten, und daß, da eine Erbserklärung noch nicht eingereicht war und die Successionsberechtigten größtentheils sogar unbekannt sind, vom Abhandlungsgericht (bei welchem auch der Besitzstörungsproceß anhängig wurde) in seiner, des Beklagten, Person ein Verlassenschaftscurator und ihm — da es bekannt gewesen, daß mit der benachbarten Eisenbahnunternehmung Ziegellieferungen contrahirt worden waren — die Abwicklung dieses Geschäftes, die Empfangnahme der Gelder und die Rechnungsablage zur besonderen Pflicht gemacht worden sei. — In erster Instanz wurden beide Einwendungen, sowohl die des Mangels der Sachlegitimation des Klägers, als der das Merkmal der Eigenmacht in seinem Handeln ausschließenden Stellung des Beklagten als Verlassenschaftscurator für gegründet erkannt und deshalb die Klage abgewiesen. — Das O. L. G. hat dem Klagbegehren aus folgenden Gründen stattgegeben: Das Klagfactum, nämlich die Errichtung der Ziegelei durch den Kläger auf dem Grundstück und mit Zustimmung seiner Mandantin M und der Betrieb derselben durch ihn wurde vom Beklagten zugestanden und ist hiemit festgestellt, daß der Kläger im letzten factischen Besitze der Ziegelei war; denn daraus, daß er der Mandatar der M gewesen ist und die Ziegelei mit ihrer Zustimmung auf ihrem Grund erbaut und betrieben hat, folgt nicht, daß er hiebei nur als Mandatar gehandelt habe. Der letztere Umstand wäre übrigens auch gar nicht entscheidend, weil in dem Besitzstörungsstreit die Absicht, die Sache als die seinige zu behalten, nicht nachzuweisen ist, da es eben nur auf die factische Ausübung der Besitzrechte ankommt und ebensowenig zum Schutze des factischen Besitzes das Recht zum Besitze und die Echtheit des Besitzes nachgewiesen werden muß, indem gemäß §. 339 a. b. G. B. Niemand befugt ist, den Besitz, er mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, eigenmächtig zu stören. Ebenso ist auch die Störung des Besitzes des Klägers durch den Beklagten constatirt. Denn der Beklagte hat gestanden, in Abwesenheit des Klägers die Verwaltung

der Ziegelei übernommen, den Kaufpreis für 9000 Stück Ziegel eincassirt, Arbeiter entlassen und bezahlt, und über die für die Ziegelei angekauften Pferde derart verfügt zu haben, daß er damit Fuhren nach seiner Anordnung verrichten ließ.

„Mit Festhaltung der aus den klaren Bestimmungen des §. 5 des Gesetzes über das Verfahren in Besitzstörungsstreitigkeiten und des §. 339 a. b. G. B. abgeleiteten Entscheidungsgründe des O. L. G. und in der Erwägung, daß, nachdem vom Beklagten weder behauptet noch bewiesen wurde, daß ihm speciell die Verwaltung der streitigen Ziegelei mit entsprechender Einführung in den Besitz derselben vom Gericht übertragen und der bezügliche richterliche Erlaß dem Kläger als anerkannt bisherigem factischen Besitzer der Ziegelei zugestellt worden sei, der Letztere gegen die Störung, beziehungsweise Entziehung dieses Besitzes nur im Sinne der kais. Vdg. v. 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, und nicht auf dem Recurswege sich schützen konnte; daß übrigens die Erörterung und Entscheidung der Fragen: ob der Kläger blos als Bevollmächtigter gehandelt, ob und wiefern er sein Mandat überschritten habe, ob dasselbe erloschen sei und ob ihm überhaupt Besitz- oder Eigenthumsrechte an der Ziegelei zustehen, keinen Gegenstand des vorliegenden Besitzstörungsstreites bilden konnten", — hat der oberste Gerichtshof das Erkenntniß der zweiten Instanz bestätigt.

Nr. 2972.

Lebensversicherung: Verschweigung einer nicht lebensgefährlichen Krankheit.

Entsch. v. 15. Jänner 1868, Nr. 10836 (Best. des Urth. des H. G. Wien v. 3. Mai 1867, Nr. 35956, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 25. Sept. 1867, Nr. 11728). G. H. 1868, Nr. 207.

Die Klage der Erben des A wider die Lebensversicherungsanstalt B auf Zahlung der Versicherungssumme wurde vom obersten Gerichtshofe mit Abweisung der Einwendung, daß A an der Harnröhre-Verengung (strictura urethrae), in Folge welcher er starb, bereits vor dem Abschluß des Versicherungsvertrages gelitten und davon beim Abschluß keine Erwähnung gemacht habe, zugelassen, weil in den Fragen der Versicherungsanstalt die strictura urethrae nicht speciell genannt und dieselbe von den Sachverständigen nicht im Allgemeinen, sondern nur beim Hinzutritt anderer Umstände als eine lebensgefährliche Krankheit bezeichnet worden ist.

Nr. 2973.

Wechselschuld: exceptionsweise Geltendmachung der causa promittendi.

Entsch. v. 15. Jänner 1868, Nr. 10999 (Best. des das Urth. des K. G. Wiener-Neustadt vom 12. Juni 1867, Nr. 424, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 23. Oct. 1867, Nr. 17235). G. H. 1868, S. 130.

Gegen die Klage des Wechselausstellers pto. Zahlung von 170 fl. brachte der beklagte Acceptant die Einwendung vor, daß dem Wechselgeschäft eine Spielschuld zu Grunde liege, mithin der Kläger nach §§. 1271 und 1272 a. b. G. B. die Wechselsumme einzuklagen nicht berechtigt sei. — Dieser in erster Instanz unter Annahme der durch das Wechselgeschäft bewirkten Novation abgewiesenen Einrede wurde vom O. L. G. unter der Bedingung des vom Beklagten über die eingewendete Thatsache abzulegenden Haupteides stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz in Erwägung, daß nach der in der Verhandlung festgestellten Sachlage das Entstehen des vom Beklagten acceptirten Wechsels auf ein vom Kläger demselben gegebenes Darlehen zurückzuführen ist, durch die Acceptation eines Wechsels über ein empfangenes Darlehen aber der Rechtsgrund und Hauptgegenstand der Forderung des Darleihers dem Anleiher gegenüber nicht als verändert und die aus dem Darlehen entstandene Verbindlichkeit des Letzteren dem Ersteren gegenüber nicht als in eine neue und andere übergangen anzusehen, vielmehr die Acceptation des Wechsels nach ihrer wahren Beschaffenheit nur als die Ausstellung einer Schuldurkunde über die Darlehensschuld, durch welche Urkunde der Schuldner der Wechselstrenge unterworfen werden soll, aufzufassen ist; daß, wenn die eingeklagte Summe eine Spielschuld ist, das dem Kläger sodann mangelnde Klagrecht (§§. 1271 und 1272 a. b. G. B.) auch durch das Uebereinkommen, die Spielschuld als ein Darlehen zu constituiren, nicht begründet werden konnte.

Nr. 2974.

Unzulässigkeit solcher Neuerungen in der Schlußschrift, welche nicht zur Entkräftung von Neuerungen in der Duplik dienen.

Entsch. v. 15. Jänner 1868, Nr. 51 (Best. des Urth. des H. G. Wien vom 30. Juli 1867, Nr. 71024, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 20. Nov. 1867, Nr. 16335). G. Z. 1868, Nr. 26.

A begehrte wider B die Bewilligung zur Legung von Neuerungen in der Schlußschrift, jedoch, wie er angab, nur vorsichtsweise, da sie eigentlich blos zur Widerlegung der von B in seiner Duplik angeführten

neuen Umstände dienen sollten. B widersprach dieses und verweigerte die Legung. — Die erste Instanz wies das Begehren des A ab. Gründe: Der §. 57 a. G. O. schreibt ausdrücklich vor, daß in der Schlußschrift nur solche neue Umstände und Beweismittel angebracht werden können, welche zur Entkräftung der Neuerungen der Duplik dienen, und dies hat seinen Grund darin, daß die Parteien in den früheren Schriften Gelegenheit genug hatten, die Streitsache erschöpfend zu besprechen, sowie daß der Schriftenwechsel mit der Gegenschlußschrift jedenfalls endigen muß, weshalb in der Schlußschrift keine neuen Erörterungen stattfinden dürfen. — Die zweite Instanz gab dem Begehren des Klägers gegen Ablegung des Eides statt, daß er die neuen Umstände und Beweismittel in der Klage und Replik nicht geflissentlich verschwiegen habe. Gründe: Es kann aus der Anordnung des §. 57 a. G. O., daß in der Schlußschrift einzig und allein nur solche neue Umstände und Beweismittel angebracht werden dürfen, welche unmittelbar zur Entkräftung der in der Duplik beigebrachten Neuerungen gehörig sind, nur gefolgert werden, daß Kläger zur Anbringung solcher Umstände und Beweismittel keine besondere Bewilligung benöthigt. Keineswegs läßt sich aber aus obiger Vorschrift folgern, daß es dem Kläger nicht gestattet sei, in seiner Schlußschrift mit Legungsbewilligung auch andere neue Umstände und Beweismittel anzubringen und die Bewilligung zu deren Legung zu erwirken. Es ergibt vielmehr aus der Vergleichung des §. 57 mit den §§. 53, 54 und 55 a. G. O., daß für die Schlußschrift des Klägers keine andere Norm bestimmt wurde, als welche für die Duplik des Geklagten gilt. Denn gleichwie diesem letzteren gegen Erweisung der nicht geflissentlichen Verschweigung Neuerungen in der Duplik gestattet sind und nur für diesen Fall dem Kläger die Einbringung einer Schlußschrift zugestanden wird, so muß dies auch bei der Schlußschrift des Klägers, auf welche der Geklagte noch die Gegenschlußschrift erstatten kann, Anwendung finden und als im Sinne des §. 57 a. G. O. gelegen betrachtet werden. Es kann nämlich vom Gesetze nicht beabsichtigt sein, die Streittheile in ihrem Rechtsstreite bei Geltendmachung und Anbringung ihrer Behelfe zu beschränken, vielmehr wird durch die angeordneten Beschränkungen nur bezweckt, über jede neue Anbringung eines Theiles dem Gegner auch die Möglichkeit einer Entgegnung zu wahren. Hieraus wird auch erklärlich, warum in der den schriftlichen Rechtsstreit unbedingt abschließenden Gegenschlußschrift die Anbringung neuer Umstände und Beweismittel unter keinerlei Vorwand gestattet ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche abweisliche Urtheil aus folgenden Gründen: Wenn die neuen Umstände und Behelfe, welche der Kläger anzubringen beabsichtigt, blos, wie er behauptet, zur Widerlegung der in der Duplik enthaltenen Neuerungen dienen — worüber das Gericht bei Entscheidung der Hauptsache

selbst zu urtheilen haben wird — so bedarf es zur Beibringung derselben ohnehin keiner besonderen Bewilligung; wenn es aber andere Neuerungen sind, so dürfen sie unter keinem Vorwande in der Schlußschrift angebracht werden. Denn schon nach §. 3 a. G. O. soll der Kläger in der Klage das Factum, aus welchem er sein Recht herleitet, vollständig und mit allen Umständen, welche zur Bewährung seines Rechtes dienlich sein können, also auch mit den erforderlichen Beweisen anbringen. Ferner untersagen die §§. 47 und 53 a. G. O. die Anführung anderer Umstände oder Behelfe in der Replik und Duplik, als jener, welcher einerseits zur Widerlegung des Factums und der Einwendungen, die in der Einrede vorgekommen sind, andererseits zur Entkräftung der Neuerungen der Replik dienen sollen. Von dieser Vorschrift wird zwar eine Ausnahme in den §§. 48 und 54 dahin gestattet, daß unter besonderen Voraussetzungen auch in der Replik und Duplik andere Neuerungen zugelassen werden. Dagegen aber erklärt der §. 57 a. G. O. ganz kategorisch, daß in der Schlußschrift einzig und allein solche neue Umstände und Beweismittel vom Kläger angebracht werden können, welche unmittelbar zur Entkräftung der in der Duplik angebrachten Neuerungen gehörig sind, dann daß in der Gegenschlußschrift unter keinerlei Vorwand die Beibringung neuer Umstände und Beweismittel zu gestatten ist. Nachdem das Verbot, andere als die oberwähnten Neuerungen in der Schlußschrift aufzunehmen, so bestimmt ausgedrückt ist, nachdem es dem Gesetzgeber doch, wenn es seine Absicht gewesen wäre, so nahe gelegen hätte, eine Ausnahme, wie sie in den §§. 48 und 54 für Replik und Duplik gemacht wurde, auch für die Schlußschrift auszusprechen, so kann von einer analogen Anwendung dieser Annahme auf die Schlußschrift keine Rede sein, und zwar um so minder, als sie sonst auch auf die Gegenschlußschrift consequenterweise ausgedehnt werden müßte, um dem Geklagten die Vertheidigung gegen die Neuerungen der Schlußschrift nicht zu benehmen und das Ende schriftlicher und anderer nicht summarisch, also nicht mit Beschleunigung verhandelter Processe nicht abzusehen wäre.

Nr. 2975.

Sistirung der Feilbietung während der Verhandlung über die Restitution zur Appellation.

Entsch. v. 15. Jänner 1868, Nr. 260 (Best. des das Decr. des B. G. Krzeszowice v. 26. März 1867, Nr. 787, abänd. Decr. des O. L. G. Krakau v. 8. Oct. 1867, Nr. 10960). G. H. 1868, S. 203.

Das Gesuch des Beklagten B um Sistirung der vom Kläger A auf Grund eines Urtheils eingeleiteten executiven Versteigerung einer

Liegenschaft bis zur Entscheidung über die von B begehrte Restitution gegen die ihm verstrichene Frist zur Appellation gegen das besagte Urtheil wurde vom obersten Gerichtshof in der Erwägung bewilligt, daß, falls die begehrte Restitution zugelassen werden sollte, das von A erfochtene Urtheil noch nicht rechtskräftig sein würde und aus der dessen ungeachtet stattfindenden Versteigerung der Realität für den Restitutionswerber ein unwiederbringlicher Nachtheil sich ergeben könnte.

Nr. 2976.

Verpflegung der Schwester durch den Bruder: Ausschluß der Forderung auf Rückerstattung wegen der causa pietatis.

Entsch. v. 21. Jänner 1868, Nr. 11361 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 4. Juni 1867, Nr. 28992, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 2. Oct. 1867, Nr. 14332). G. Z. 1868, Nr. 28. Gerichtsbote 1868, Nr. 5.

A hatte seine großjährige, ein eigenes Vermögen besitzende Schwester B nach dem Tode der beiderseitigen Mutter bis zu ihrer Verheiratung durch drei Jahre vollkommen verpflegt. Von einem Entgelt war wohl keine Rede gewesen; die B sagte jedoch öfter, wie A behauptete und durch den Eid zu erweisen sich erbot, daß sie sich mit ihm wegen dieser Verpflegung schon verrechnen werde. Nach Verlauf von 16 Jahren klagte A auf Zahlung von 1096 fl. als das für seine Leistungen noch ausstehende Entgelt. Die B wendete ein, daß sie ihrem Bruder die Dienste einer Haushälterin während der Zeit ihrer Verpflegung durch ihn geleistet und hiedurch die ihr gewordene Verpflegung vollkommen vergolten habe. Sie widersprach übrigens die bezüglich der zugesagten Verrechnung von ihrem Bruder aufgestellte Behauptung. A stellte die Haushaltungsdienste in Abrede. — Das Gericht erster Instanz machte die Sachfälligkeit der Geklagten in quali von dem Haupteide darüber abhängig, daß sie die Geschäfte einer Haushälterin besorgt habe, in quanto von dem seitens des Klägers eventuell abzulegenden Schätzungseide. Die Gründe lauten: Der Forderung für die der Geklagten durch drei Jahre gewährte volle Verpflegung wird die Einwendung entgegengesetzt, daß die Geklagte während dieser drei Jahre die Führung des Hauswesens des Klägers übernommen und statt einer Wirthschafterin seine Wirthschaft besorgt habe, wofür sie selbstverständlich Kost und Wohnung genoß und nur kein Entgelt für diese Leistung beanspruchte, weil es ihr Bruder war, dessen Wirthschaft sie leitete. Diese Behauptung will die Geklagte durch den Haupteid erweisen. Der Haupteid stellt sich allerdings als entscheidend dar, weil, wenn diese Behauptung erwiesen wird, die Leistung des Klägers durch die Gegenleistung der Geklagten, wozu

keine gesetzliche Verpflichtung für sie bestand, aufgewogen wird, indem der Kläger einer fremden Wirthschafterin ebenfalls Kost und Wohnung hätte gewähren und höchstwahrscheinlich sogar noch ein Entgelt in baarem Gelde, einen Lohn, hätte leisten müssen, und wenn dieser Beweis der Gegenleistung der Geklagten nicht hergestellt wird, die diesfällige Forderung des Klägers erwiesen ist, nachdem derselben die Einwendung der Verjährung nicht entgegengesetzt wird und die Geklagte zugibt, daß sie vom Kläger durch drei Jahre die Verpflegung genossen hat, wozu für ihn ebenfalls keine gesetzliche Verpflichtung bestand. Es wurde demzufolge auf diesen entscheidenden Haupteid erkannt und der diesfällige Anspruch des Klägers von der Nichtherstellung dieses Beweises abhängig gemacht; nur wurde aus der Eidesformel der Umstand, daß Geklagte auf Ersuchen des Klägers seine Wirthschaft besorgte, hinweggelassen, weil selbstverständlich gegen seinen Willen dies nicht hätte geschehen können. — In zweiter Instanz wurde Kläger abgewiesen aus folgenden Gründen: Was den Anspruch des Klägers für die der Geklagten geleistete Verpflegung anbelangt, so hat Kläger den Rechtstitel dieser Forderung in der Klage nicht angegeben und in der ganzen Verhandlung nicht behauptet, daß er sich von der Geklagten für diese Verpflegung ein Entgelt ausdrücklich oder stillschweigend bedungen habe. Wenn nun auch Schenkungen in der Regel nicht vermuthet werden, so sprechen doch im vorliegenden Falle alle Umstände dafür, daß die Verpflegung vom Kläger ohne Rücksicht auf Zahlung geleistet wurde. Denn die Streittheile sind Geschwister, sie verblieben nach dem Tode der beiderseitigen Mutter in gemeinsamer Haushaltung, Geklagte hat in derselben, wie Kläger in der Replik selbst zugibt, denn doch einige Dienste geleistet und Kläger hat weder während der dreijährigen Leistung der Verpflegung, noch auch nach Aufhören des Beisammenwohnens bis nun durch einen 15jährigen Zeitraum einen Anspruch gegen die Geklagte erhoben. Kläger selbst war nicht im Stande, in der Klage einen Rechtsgrund anzuführen, und erst in der Replik will er dieselbe als eine Entschädigungsklage darstellen, als welche sie sich nicht darstellt, da der Genuß der Verpflegung nicht als eine Schadenzufügung angesehen werden kann. Es ist demnach der Anspruch des Klägers für Verpflegung wegen Mangels des Rechtsgrundes abzuweisen, wodurch die Beweisführung über die das Entgelt darstellenden Dienstleistungen der Geklagten entfällt. Die Verfällung des Klägers in die Gerichtskosten wird verfügt, weil derselbe vom ersten Richter für den Fall seiner Sachfälligkeit zum Kostenersatze verurtheilt wurde, Kläger dagegen sich nicht beschwert hat und er in zweiter Instanz unbedingt sachfällig wird. In den Revisionsbeschwerden bemerkte Kläger, daß eine Leistung, in Betreff deren die Empfängerin selbst eine Verrechnung anbot und die sie schon vergolten haben will, nicht als unentgeltliche vermuthet werden könne, daß ihm nur die Anführung des Factums,

nicht auch des Rechtstitels, aus dem er sich ein Recht ableitet, obliege, und daß es Sache des Richters sei, den Anspruch unter das Gesetz zu subsumiren. Uebrigens stützte sich seine Klage auf §. 1042 a. b. G. B.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Kläger gesteht, daß für die Verpflegung, welche die Geklagte in den Jahren 1848—1851 in seinem Hause genoß, ein Entgelt nicht ausdrücklich bedungen war; ein solches kann aber nach §. 863 a. b. G. B. auch nicht als stillschweigend bedungen angesehen werden, da es an solchen Handlungen fehlt, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund übrig lassen würden, daran zu zweifeln, daß die Geklagte mit dem Kläger über Bezahlung der Verpflegnng einverstanden gewesen sei. Aber auch auf die Bestimmung des §. 1042 a. b. G. B. kann Kläger seinen Zahlungsanspruch nicht stützen; denn wenn die Geklagte auch nicht schon als Schwester unentgeltliche Verpflegung vom Kläger fordern konnte, so konnte doch Kläger auf jedes andere Entgelt, welches schon auch in der von ihm zugegebenen Verwendung der Geklagten und in dem Vorhandensein einer die verstorbene Mutter einigermaßen ersetzenden so nahen Verwandten im Hause gefunden werden muß, verzichten, welcher Verzicht unter diesen Umständen als stillschweigend geschehen nach §. 863 a. b. G. B. umsomehr anzunehmen ist, als Kläger hienach die Bezahlung der Verpflegung durch die Geklagte nicht als etwas Selbstverständliches betrachten konnte, sondern als einer ausdrücklichen Besprechung Bedürfendes erkennen mußte und es ihm erst, nachdem die Geklagte längst sein Haus verlassen hat, beigefallen ist, einen solchen Anspruch zu stellen.

Nr. 2977.

Pfändung zur Sicherstellung während des Appellationszuges.

Entsch. v. 21. Jänner 1868, Nr. 558 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 25. Nov. 1867, Nr. 110284 und des O. L. G. Wien v. 10. Dec. 1867, Nr. 22606). G. H. 1868, S. 130. G. Z. 1868, Nr. 41 und Nr. 58.

A hatte wider B ein Urtheil auf Zahlung von 3000 fl. erwirkt, und da B die Appellation dagegen ergriffen hatte, um sicherstellungsweise Pfändung gebeten. Die erste und die zweite Instanz verweigerten dieselbe, weil das Hofdecret vom 18. April 1785, J. G. S. Nr. 409, erklärt, daß die im §. 259 a. G. O. der obsiegenden Partei eingeräumte Befugniß, Sicherstellung zu verlangen, auf die Ergreifung der gerichtlichen Pfändung nicht verstanden werden kann und dieses Hofdecret durch den §. 12 der Minist.-Verordg. v. 18. Juli

1859, R. G. Bl. Nr. 130 (Mandatsverfahren), hinsichtlich des vorliegenden, auf ein Kaufgeschäft sich beziehenden Falles nicht aufgehoben erscheint.

Der oberste Gerichtshof bewilligte jedoch die Pfändung in der Erwägung, daß die Bestimmung des §. 259 a. G. O. nur die Execution auf Zahlung oder Erfüllung der im Urtheile festgesetzten Verbindlichkeit ausschließt, jedoch den in erster Instanz obsiegenden Theil eine Sicherstellung zu begehren berechtigt und den Richter auf Anlangen diese zu ertheilen anweiset, worunter nichts Anderes, als eben eine sicherstellungsweise Execution verstanden werden kann, wie dies auch aus der gleichmäßigen Bestimmung des §. 339 der westgal. G. O. zu entnehmen ist; daß die Bestimmungen des Hofdecretes vom 18. April 1785, J. G. S. Nr. 409, nach welchem die gerichtliche Pfändung, weil sie ein wirklicher Executionsschritt ist, unter der im §. 259 a. G. O. vorbehaltenen Sicherstellung nicht verstanden werden sollte, durch §. 3 der J. M. V. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, als außer Kraft gesetzt angesehen werden muß, weil nach letzterem Paragraph die sicherstellungsweise Execution allerdings durch Pfändung des Vermögens des Geklagten geführt werden kann, und diese Anordnung gemäß §. 12 der citirten J. M. V. in allen Fällen, in welchen nach der Gerichtsordnung während eines schwebenden Processes die Execution zur Sicherstellung als provisorischer Vorkehrung bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache zulässig ist, und folglich auch im Fall des §. 259 G. O. Anwendung zu finden hat, da es sich auch dort um eine provisorische Vorkehrung zur Sicherstellung bis zur rechtskräftigen Entscheidung handelt.

Nr. 2978.

Umfang der Vollmacht: Bedeutung der Formel „Saldirt".

Entsch. v. 22. Jänner 1868, Nr. 11191 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 18. Juni 1867, Nr. 48952, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 30. Oct. 1867, Nr. 19252). G. Z. 1868, Nr. 49.

Aus der Vergleichsmasse des Bäckers A waren mehreren Gläubigern die Forderungen desselben und rücksichtlich der Ausgleichsmasse selbst, welche dessen Geschäft fortgesetzt hatte, an Zahlungsstatt überlassen worden. Diese belangte nun den B auf Zahlung eines Schuldrestes von 150 fl. B wendete ein, daß er alle Monate mit dem, zugestandenermaßen von dem Comité der Vergleichsmasse zur Empfangnahme der außenstehenden Forderungen und Saldirung der Rechnungen bevollmächtigten C sich verrechnet und dieser die letzte, 500 fl. betragende Monatsrechnung des Comité mit den Worten: „Mit

350 fl. saldirt" unterfertigt, somit die gänzliche Abfertigung der Vergleichsmasse anerkannt habe, weil er, Geklagter, ihm 350 fl. baar, dann aber einen Schuldschein des A über 300 fl., noch giltig mit 150 fl., behändigt habe, den A, welcher das von der Masse betriebene Geschäft leitete, ihm für einen Vorschuß zu diesem Betriebe ausgestellt hatte. Die Kläger bestritten vorzüglich die Befugniß des C, eine solche Schuld des A anzuerkennen, behaupteten, daß selber mit obigen Worten nur den Empfang des baaren Geldes bestätigen wollte und selbe mit ausdrücklichem Vorbehalt der vom Comité einzuholenden Genehmigung beigesetzt habe, worüber sie ihm den Haupteid auftrugen. — Die erste Instanz erkannte den Klägern die 150 fl. zu. Gründe: Wenngleich der einfache Beisatz „Saldirt" in der kaufmännischen Sprache die vollständige Begleichung der Rechnung ausdrückt, so ist doch der Schluß berechtigt, daß C durch den Beisatz „Mit 350 fl. saldirt" sagen wollte, daß eben nur dieser Betrag baar bezahlt wurde, da sonst dieser Beisatz ganz überflüssig wäre und er, C, sich begnügt hätte, wie auf den übrigen Rechnungen blos das Wort „saldirt" beizusetzen. Dies schließt zwar nicht aus, daß aus anderen Handlungen des C oder des Comité der Sinn dieser Saldirung dahin ausgelegt werden könnte, daß damit doch die gänzliche Berichtigung der Forderung bestätigt werden sollte. Allein solche Handlungen liegen nicht vor, und der Geklagte hat auch nicht dargethan, daß die Schuld des A zugleich eine Schuld der Ausgleichsmasse ist, oder daß das Comité in deren Abrechnung gewilligt habe, daher Geklagter zu deren Compensation berechtigt sei. — Das Obergericht erkannte aus folgenden Gründen auf Abweisung der Kläger: Da dieselben zugeben, daß C mit der Eincassirung ihrer Forderungen beauftragt war, so muß er nach Art. 47 des Handelsgesetzes auch für berechtigt gehalten werden, die diesfälligen Rechnungen im Namen des Administrationscomité zu saldiren. Auch die Art und Weise, wie er die letzte Rechnung saldirte, entspricht der Sachlage, weil C auf den im August 1865 bestandenen Forderungsrest nur einen Betrag von 350 fl. erhielt, der Rest aber mit einem ihm an Zahlungsstatt übergebenen Schuldscheine des A beglichen wurde, zu dessen Annahme an Zahlungsstatt C umsomehr für berechtigt gehalten werden muß, als die Rückstellung desselben an den Geklagten zugestandenermaßen seither nicht erfolgte, und daher nach §. 863 a. b. G. B. angenommen werden muß, daß auch das Administrationscomité mit dieser Zahlungsmodalität einverstanden war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte dieses abweisliche Erkenntniß. Gründe: C war zur Eincassirung der Gelder und Saldirung der Rechnungen aus dem Bäckergeschäfte bestellt, und dadurch nach der Natur des Geschäftes auch berechtigt, die Rechnungen zu prüfen und anzuerkennen. Hat er nun dieses im August 1865 gethan, dabei einen Schuldschein des A, noch giltig mit 150 fl., über einen vom

Beklagten dem A geleisteten Vorschuß an Zahlungsstatt angenommen und durch die dazu gemachte Zahlung von 350 fl. die Forderung der Vergleichsmasse für getilgt erklärt, so muß die Masse, rücksichtlich müssen die Kläger es sich gefallen lassen, zumal da C sich dabei den Schuldschein des A aushändigen ließ. Auf die Behauptung der Kläger, daß C diesen Schuldschein nur mit dem Vorbehalte der nachträglichen Genehmigung von Seite des Comité an Zahlungsstatt angenommen habe, kann kein Bedacht genommen werden, weil die Saldirungsformel des C einen solchen Vorbehalt nicht entnehmen läßt, vielmehr ganz unbedingt lautet.

Nr. 2979.

Exceptio non adimpleti contractus. Fortlauf der Zinsen trotz mora accipiendi.

Entsch. v. 23. Jänner 1868, Nr. 528 (theilweise Best. des Urth. des B. G. Znaim v. 20. Juni 1867, Nr. 5582, theilweise Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn v. 2. Oct. 1867, Nr. 9919). G. H. 1868, S. 333.

A hatte im Jahre 1860 durch mündlichen Vertrag dem B einen Acker verkauft und der Käufer war einen Kaufschillingsrest schuldig geblieben, den er nach getroffener Uebereinkunft vom 1. Mai 1860 an mit 5 Percent zu verzinsen und nach vorgängiger vierteljähriger Aufkündigung dem A zu zahlen hatte. Nachdem B von dem Verkäufer in den physischen Besitz des Grundstückes gesetzt, die Aufkündigung des Kaufschillingsrestes erfolgt und dem B im September 1865 zugestellt worden war, belangte ihn A im Mai 1866 auf Zahlung dieser gekündigten Schuld und der fünfpercentigen Interessen auf 3 Jahre von der Klage zurückgerechnet. Dagegen machte B die Einwendungen: 1. daß A selbst noch nicht als Eigenthümer des Ackers in dem Grundbuch eingetragen und daß von ihm die Ausfertigung der verabredeten schriftlichen und intabulationsfähigen Kaufsurkunde verweigert wurde; 2. daß A die Annahme des im Jahre 1861 ihm angebotenen Kaufschillingsrestes abgelehnt und dadurch den Anspruch auf Zinsen verloren habe. — Der in erster Instanz zur Zeit abgewiesenen Klage wurde vom O. L. G. stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof hat in Betreff der Capitalsschuld das erstgerichtliche, in Ansehung der Zinsenschuld das obergerichtliche Urtheil bestätigt. Gründe: Wenn auch die eingeklagte Hauptforderung an sich richtig und, nur vom Standpunkt der Aufkündigung betrachtet, auch fällig erscheint, so ist doch zugegeben, daß der Beklagte noch nicht als Eigenthümer des erkauften Ackers im Grundbuche steht und daß ihm die zur Intabulation nöthige Urkunde noch nicht ausgefertigt wurde, mithin derselbe das Eigenthum der gekauften Sache noch

nicht erworben hat. Wie aber der Käufer zur Zahlung des Kaufgeldes, so ist auch der Verkäufer nach §. 1061 a. b. G. B. zur gesetzlichen Uebergabe des Kaufgegenstandes, also hier zur grundbücherlichen Eigenthumsübertragung an den Käufer und zur Ausstellung der nach den §§. 431 und 435 a. b. G. B. hiezu erforderlichen Urkunde verpflichtet. Von dieser Pflicht ist der Kläger dadurch, daß — nach seiner Anführung — die Fälligkeit der Kaufschillingsrestforderung nicht von der Anschreibung des Beklagten an die Gewähr abhängig gemacht wurde, und daß der Kläger selbst nur physischer Besitzer des Grundstückes war und seinen Besitz auf den Beklagten übertrug, deshalb nicht entbunden, weil die grundbücherliche Eigenthumsübertragung im Fall des Kaufes einer Liegenschaft ein nach dem Gesetze selbstverständlicher Act der Uebergabe und es Sache des Klägers ist, sich in die Lage zu setzen, damit er dieser Verpflichtung nachkommen könne, die ihm durch die vom Beklagten unterlassene Einsichtnahme vom Grundbuch nicht erlassen wurde, so wenig, als dessen theilweise Zahlung des Kaufschillings und das Angebot (im Jahre 1861) des Kaufschillingsrestes als ein Verzicht des Beklagten auf sein Recht hinsichtlich der grundbücherlichen Uebergabe angesehen werden kann. Zur Zeit, wo der Kläger diese Verbindlichkeit noch nicht erfüllt hat, ist er somit nach §. 1052 a. b. G. B. zur Forderung des Kaufschillingsrestes nicht berechtigt, umsominder, da der Beklagte noch Gefahr läuft, daß die gekaufte Realität ohne sein Wissen und gegen seinen Willen belastet wird. Mit dem Zinsenanspruch kann aber der Kläger nicht hinausgeschoben werden, weil der Gegner in dem physischen Besitz und Genuß des Grundstückes das Aequivalent der Zinsen hat und durch die — seinerseits behauptete — Weigerung des Klägers, das Kaufgeld anzunehmen, ohne den gerichtlichen Erlag desselben von der Verzinsungspflicht nicht enthoben wurde.

Nr. 2980.

Streitanmerkung im Depositenbuch?

Entsch. v. 28. Jänner 1868, Nr. 764 (Best. des das Decr. des K. G. Stanislau v. 26. Juni 1867, Nr. 9109, abänd. Decr. des O. L. G. Lemberg v. 5. Nov. 1867, Nr. 32363). G. H. 1868, S. 326.

A hatte mit der Klage gegen B den Altersvorzug seines Pfandrechtes an den von B in Execution gezogenen Mobilien des beiderseitigen Schuldners C geltend gemacht und das Erkenntniß begehrt, daß der bei Gericht deponirte Erlös aus der auf Ansuchen des B vollzogenen Feilbietung der Mobilien per 224 fl. zur Befriedigung seiner Forderung an C zu verwenden sei. Auf Grund dieser Klage begehrte A gegen B die Streitanmerkung im Depositenbuch, welche in erster Instanz bewilligt, vom O. L. G. hingegen in der Erwägung

abgeschlagen wurde, das Streitanmerkungen nach der J. M. V. vom 19. Sept. 1860, R. G. Bl. Nr. 212, nur bei Tabularkörpern zulässig, und derlei Anmerkungen in Depositenbüchern dem Gesetz fremd und auch wirkungslos sind. Dagegen recurrirte A, indem er beim Mangel eines die vorliegende Frage direct entscheidenden Gesetzes die Anwendung des Hofdecr. v. 29. August 1818, J. G. S. Nr. 1488, und der oben citirten Verordnung vom 19. Sept. 1860, R. G. Bl. Nr. 212, per analogiam in Anspruch nahm.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz aus den Gründen derselben mit dem Zusatz, daß A auch nicht in seiner Klage den Nachweis des angeblich vor B erworbenen Pfandrechtes beigebracht hat.

Nr. 2981.

Stillschweigend vereinbarte Rückkehr zum schriftlichen Verfahren im Appellationszuge, nach Annahme des summarischen Verfahrens für die Verhandlung in erster Instanz.

Entsch. v. 28. Jänner 1868, Nr. 850 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Graz v. 3. Dec. 1867, Nr. 13657). G. Z. 1868, Nr. 77.

Auf die Klage der A gegen B wurde das mündliche Verfahren eingeleitet; die Verhandlung jedoch in Folge des bei der ersten Tagfahrt getroffenen Uebereinkommens nach den Vorschriften des Summarverfahrens durchgeführt. Gegen das Urtheil appellirte die A am zwölften Tage nach Zustellung desselben; es wurden die mit der Anmeldung verbundenen Appellationsbeschwerden dem Gegentheile um die binnen vierzehn Tagen zu erstattende Einrede zugefertigt und letztere rechtzeitig überreicht. Erst in diesem Stadium wurde vom Gerichte die Vereinbarung auf das Summarverfahren wieder berücksichtigt und deshalb ohne Anordnung einer Inrotulirungstagfahrt die Vorlage der Acten an die höhere Instanz verfügt. Hierüber erfloß das Decret des O. L. G., womit in Erwägung, daß in der vorliegenden Streitsache einverständlich summarisch verfahren wurde, daß im Summarverfahren nach §. 44 des Gesetzes über dasselbe die Appellation binnen acht Tagen anzumelden ist; daß hierfalls die Appellationsanmeldung erst am zwölften Tage, sohin verspätet überreicht wurde; daß im Summarverfahren verspätete Appellationsanmeldungen nicht nach Hofdecr. vom 11. September 1784, J. G. S. Nr. 335, sondern nach §. 48 des Gesetzes über das summarische Verfahren zu behandeln, d. h. von Amtswegen zu verwerfen sind, — die Appellation der Kläger von Amtswegen verworfen wurde.

Der oberste Gerichtshof hat dem dagegen ergriffenen Recurse in Erwägung, daß in der Appellationsmeldung und Beschwerde die

Klägerin ausdrücklich das Begehren stellte, daß dieselben dem Gegner um die Appellationseinrede zugefertigt und nach Inrotulirung der Acten dem Obergerichte vorgelegt werden möchten; daß diesem Begehren gemäß der Beklagte die Appellationseinrede, ohne die mindeste Einwendung zu erheben, mit dem Begehren überreichte, selbe der Gegnerin zur Einsicht und seinerzeit dem Obergerichte zur meritorischen Entscheidung vorzulegen; daß dadurch beide Theile genügend zu erkennen gaben, daß sie sich in diesem zum ordentlichen Verfahren geeigneten Rechtsstreit nur für die Hauptverhandlung erster Instanz auf das Summarverfahren verglichen haben wollten und daß in der höheren Instanz das ordentliche Verfahren einzutreten habe, — stattgegeben und dem Obergerichte unter Aufhebung seiner Verordnung aufgetragen, in der Streitsache meritorisch zu entscheiden.

Nr. 2982.

Haupteid: subsidiäre Natur desselben. Wissen des Delaten vom Gegenstande desselben.

Entsch. v. 4. Februar 1868, Nr. 986 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 2. Juli 1867, Nr. 56685, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 20. Nov. 1867, Nr. 16331). G. H. 1868, S. 26.

Die Gattin des Executen A belangte den Executionsführer B auf Anerkennung ihres Eigenthumsrechtes bezüglich gewisser in Execution gezogener Effecten und trug dem Letzteren den referiblen Haupteid darüber auf, daß sie diese Effecten vor 20 Jahren von einem gewissen Tischler gekauft habe. Das Gericht erster Instanz wies die Klägerin ab, indem es den Haupteid als blos subsidäres Beweismittel im vorliegenden Falle für unzulässig erklärte, weil Klägerin den Beweis durch den Tischler als Zeugen und den Erfüllungseid anzuführen unterlassen hatte. — Das O. L. G. erkannte auf den Haupteid. Gründe: Es mußte dem Ermessen der Klägerin anheimgestellt bleiben, ob sie den bezeichneten Tischler als Zeugen des von ihr behaupteten Kaufes bezüglich der in Rede stehenden Einrichtungsstücke führen wollte; daraus, daß sie es nicht gethan, folgt nicht, daß ihre Behauptung unwahr sei, da es ja auch möglich ist, daß der Zeuge an den Kauf sich nicht erinnert. Es war daher auf den Haupteid zu erkennen, den die Klägerin dem Geklagten aufträgt, indem sie ihre Behauptung als nicht erwiesen ansehen will, wenn Geklagter seines Wissens und Erinnerns zu beschwören vermag, daß jener Kauf nicht stattgefunden habe. Dieser Eid ist zulässig, da dem Geklagten ja gestattet ist, seines Wissens und Erinnerns zu schwören.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Erkenntniß aus nachstehenden Gründen: Das obergerichtliche Urtheil wurde be-

stätigt, weil der Beweis durch den Haupteid nach der Resolution vom 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489, lit. ggg, auch dann angeboten werden kann, wenn die Partei, welche ihn anbietet, kein anderes Beweismittel hat und weil nach §. 207 a. G. O. demjenigen, welcher im eigenen Namen Proceß führt, der Haupteid sowohl über eigene als über fremde Handlungen aufgetragen werden kann und zur Zulassung einer solchen Eidesauftragung nicht erforderlich ist, daß der Delat von dem Umstande, über welchen ihm der Haupteid aufgetragen wird, aus eigener Wahrnehmung und Erfahrung Kenntniß erlangt haben müsse, es vielmehr genügt, wenn nur nicht erhellt, daß der Haupteid einen Umstand betrifft, welcher sich überhaupt für andere Personen der Möglichkeit, davon Kenntniß zu erlangen, entzieht, was von dem Umstande, über welchen das Obergericht den rückschiebbaren Haupteid zugelassen hat, nicht behauptet werden kann.

Nr. 2983.

Unstatthaftigkeit der Ersatzklage statt der Klage auf Erfüllung.

Entsch. v. 5. Februar 1868, Nr. 176 (Best. des Urth. des B. G. Turnau v. 31. Juli 1867, Nr. 4817, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 30. Oct. 1867, Nr. 27830). G. H. 1868, S. 178.

Die Klage der A gegen B puncto Zahlung von 400 fl. als Ersatz für die vertragswidrige Einstellung der Verköstigung ihres zum Beklagten in die Lehre gegebenen Sohnes wurde vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen abgewiesen: Wenn die Klägerin deshalb, weil — wie sie anführt — der Beklagte B ihren Sohn außerdem, daß er ihn in den ersten zwei Jahren nur spärlich unterrichtete, nämlich mehr zum Kinderwarten als zum Handwerk anhielt, bei Beginn des dritten Jahres die Kost zu geben sich geweigert hat und dadurch die Klägerin genöthigt worden ist, den Sohn wegzunehmen und einem anderen Meister in die Lehre zu geben, wo sie aber die Kost schon durch acht Wochen bestreiten mußte und noch durch weitere 44 Wochen werde bestreiten müssen — sich in ihrem Vertragsrecht verkürzt sah, so hätte sie nach der ausdrücklichen Norm des §. 919 a. b. G. B. den Sohn bei dem B belassen und den Letzteren auf genaue Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit, namentlich auf Verabreichung der Kost an ihren Sohn während des dritten Lehrjahres und für die Zeit vom Beginn des dritten Lehrjahres an, in der sie ihren Sohn angeblich selbst verköstigen mußte, auf Ersatz des ihr hieraus entstandenen Schadens belangen sollen. Da sie nun von diesem allein ihr zukommenden Recht keinen Gebrauch gemacht hat und B die Kost während des dritten Lehrjahres zu bestreiten offenbar nur unter der Voraussetzung verpflichtet war, daß

ihr Sohn in seiner Lehre blieb und im Gewerbe und Haushalte ihm Hilfe leistete, so war die Ersatzklage der A ungegründet und ganz verfehlt.

Nr. 2984.

Miethvertrag: Zeitabschnitt, für welchen der Miethzins als festgesetzt anzusehen ist.

Entsch. v. 5. Februar 1868, Nr. 682 (Best. des das Urth. des B. G. Neubau in Wien v. 26. Sept. 1867, Nr. 4941, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 4. Dec. 1867, Nr. 19620). G. Z. 1868, Nr. 47.

A hatte dem B in der Hauptstraße einer meist von Industriellen bewohnten Vorstadt Wiens eine Localität, bestehend aus einem Gewölbe mit Thür und Fenster auf die Hauptstraße, Handgewölbe, Alkoven und Zimmer mit zwei Fenstern gegen den Hof des Hauses, nebst Boden vermiethet, und belangte ihn auf Zahlung des vierteljährigen Zinses von 225 fl. B entgegnete, daß er obige Räumlichkeit um den Jahreszins von 225 fl. in Bestand genommen und zwar von dem Bevollmächtigten C des Klägers, welchem Letzteren er nur das Angeld gegeben habe, ohne über den Betrag des Zinses mit ihm zu sprechen. Kläger berief sich auf die Zinsfassion, wonach der spätere Miether 900 fl. jährlich zahlte, wovon die Steuer schon den vom Geklagten behaupteten Zins übersteige; dann darauf, daß Geklagter das Locale für anderthalb Monate um 120 fl. in Aftermiethe gab; er trug endlich dem Geklagten den Haupteid auf, daß dieser ihn um die Höhe des Zinses frug, welche er mit 225 fl. vierteljährig angab. Ein vernommener Zeuge bestätigte die obige Aftermiethe für 120 fl. durch sechs Wochen und von zwei Sachverständigen wurde der angemessene Werth des Locales von einem auf 600 fl., vom zweiten auf 750 fl. jährlich geschätzt. Vereinzelte Zeugen gaben auch Umstände an, welche wahrscheinlich machten, daß dem Geklagten die 225 fl. als vierteljähriger Zins bekannt gegeben wurden. — Die erste Instanz verurtheilte den B unbedingt zur Zahlung von 56 fl. 25 kr. (ein Viertel von 225 fl. als ganzjährigem Zins) und zur Zahlung des Restes unter der Bedingung des von A durch den obigen Haupteid erbrachten Beweises. — Die zweite Instanz hat dem A die vollen 225 fl. unbedingt zuerkannt. Gründe: Beide Theile sind darin einig, daß dieser Betrag als Zins genannt worden sei, und es handelt sich nur darum, ob er als ganz- oder vierteljähriger Zinsbetrag anzusehen sei. Wenn nun erwogen wird, daß selbst der Geklagte nicht behauptet, daß der obige Betrag ausdrücklich als ganzjähriger Zins genannt wurde, vielmehr zwei Zeugen bestimmt aussagten, daß derselbe als vierteljähriger Zins bezeichnet wurde; daß die Sachkundigen

eine viel höhere Summe als ganz entsprechenden Jahreszins erklärten und dem Geklagten selbst, als Geschäftsmann, bekannt sein mußte, daß ein großes Gassengewölb mit den Nebenräumen an einer sehr besuchten Straße in Wien wohl nicht ganzjährig um 225 fl. vermiethet zu werden pflegt; daß endlich in den Wiener Vorstädten die vierteljährigen Zinstermine als die Regel bestehen, so kann wohl nicht bezweifelt werden, daß mit dem erwähnten Betrag, wenn auch die Zeitdauer, für die derselbe begehrt wurde, nicht ausdrücklich ausgesprochen worden wäre, nur der vierteljährige Zins gemeint sein konnte. Es bedurfte daher nicht des in erster Instanz zugelassenen Haupteides.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Nach den Motiven derselben ist es für den vorliegenden Fall unentscheidend, ob der Zeitraum ausdrücklich genannt wurde oder nicht, weil der Geklagte nicht annehmen konnte, daß der Zins von 225 fl. für ein volles Jahr zu verstehen sei, und wenn vom Kläger diese Summe als Jahreszins bezeichnet worden wäre, dieses dem Beklagten als ein offenbarer Irrthum hätte auffallen und er nach §. 875 a. b. G. B. in gleicher Weise, wie wenn der Kläger von ihm selbst in den Irrthum geführt worden wäre, hätte behandelt und deshalb zur Zahlung der 225 fl. als Quartalzins angehalten werden müssen. Außerdem wird in den oberstgerichtlichen Entscheidungsgründen auf den großen Umfang des Miethobjectes, auf den Umstand, daß der Geklagte in dessen unmittelbarer Nähe ein Geschäft betrieb und deshalb die Unangemessenheit eines Jahresmiethzinses von nur 225 fl. ihm nicht entgehen konnte, sowie auf die gegen seine Behauptung sprechenden Zeugenaussagen hingewiesen.

Nr. 2985.

Gesetzliches Pfandrecht des Vermiethers.

Entsch. v. 5. Februar 1868, Nr. 1018 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 10. Dec. 1867, Nr. 82294, und des O. L. G. Wien v. 30. Dec. 1867, Nr. 23774). G. H. 1868, S. 121. G. Z. 1868, Nr. 32.

A hatte gegen C am 21. Juli 1866 die executive Pfändung der dem Letzteren gehörigen Mobilien erwirkt und war am 11. und 12. October 1866 die executive Feilbietung derselben vorgenommen worden. B hingegen, der Eigenthümer des Hauses, in welchem C wohnte, hatte für den am 1. November 1866 fällig werdenden Miethzins schon am 26. September 1866 eine Prioritätsklage überreicht, am 6. October 1866 die vorläufige Sistirung der Transferirung angesucht, bei der in seinem Hause vorgenommenen Feilbietung sein Pfandrecht geltend gemacht, sodann die gerichtliche Depositirung des

Feilbietungserlöses per 931 fl. 37 kr. und die depositenamtliche Anmerkung seines Anspruches erwirkt; schließlich wurde ihm auf seine Zinsklage vom 3. November 1866 mit Urtheil vom 6. December 1866 die Miethzinsforderung per 1865 fl. zuerkannt. Nun begehrte A die Ausfolgung der 931 fl. 37 kr., welche von beiden Untergerichten bewilligt wurde, weil nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 1101 a. b. G. B. das gesetzliche Pfandrecht sich nur auf jene Einrichtungsstücke und Fahrnisse bezieht, welche zur Zeit der Klage noch darin befindlich sind, im vorliegenden Falle aber die Effecten, an denen das Pfandrecht geltend gemacht werden will, schon vor Einbringung der Klage executiv verkauft waren und daher an denselben das Pfandrecht nicht wirksam geworden ist.

Der oberste Gerichtshof hat den A mit seinem Begehren abgewiesen, und zwar in Erwägung, daß, wie mit dem Hofd. vom 10. April 1837, J. G. S. Nr. 189, ausdrücklich erklärt wurde, das dem Vermiether im §. 1101 a. b. G. B. eingeräumte Pfandrecht schon durch die Einbringung der Einrichtungsstücke und Fahrnisse begründet und dadurch von diesem Zeitpunkte auch gegen jene Gläubiger des Miethers wirksam wird, welche an den eingebrachten Gegenständen, bevor der Vermiether die Zinsklage überreicht und die pfandweise Beschreibung ansucht, ein Pfandrecht erlangen; daß es hienach der Zinsklage und der pfandweisen Beschreibung nur insoferne bedarf, als das gesetzliche Pfandrecht in ein von dem Vorhandensein der eingebrachten Gegenstände in der vermietheten Localität unabhängiges verwandelt werden will; daß das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers nicht blos zur Sicherstellung des bereits fälligen, sondern auch jenes Miehzinses, für dessen künftige Entrichtung der Miether haftet, ihm eingeräumt sein muß, da ja §. 1101 des a. b. G. B., ungeachtet nach §. 1100 a. b. G. B. der Miethzins ohne besondere Verabredung nachhinein zu bezahlen ist, doch keine Einschränkung enthält und die Sicherheit auch sonst leicht illusorisch wäre; daß hienach dem Eigenthümer des Hauses zur Sicherstellung des am 1. November 1866 fälligen Miethzinses an den von C dort eingebrachten Fahrnissen ein, so lange sie sich dort befanden, auch ohne Zinsklage und pfandweise Beschreibung wirksames Pfandrecht zustand, welches durch das erst nach der Einbringung, am 21. Juli 1866, von A erworbene executive Pfandrecht und die von A erwirkte, am 11. und 12. October 1866 vorgenommene executive Feilbietung nicht unwirksam wurde, da die Fahrnisse bis zur Feilbietung in den gemietheten Localitäten waren und B das ihm an den von A gepfändeten Fahrnissen zustehende frühere gesetzliche Pfandrecht schon mit der Prioritätsklage vom 26. Sept. 1866 verfolgte, am 6. October 1866 die vorläufige Sistirung der Transferirung ansuchte, bei der im Miethhause vorgenommenen Feilbietung sein Pfandrecht geltend machte, sodann die gerichtliche Depositirung des Feilbietungserlöses und die depositenamtliche Anmerkung seines

Anspruches erwirkte und auf seine Zinsklage vom 3. November 1866 auch mit Urtheil vom 6. December 1866 die Miethzinsforderung per 1865 fl. zuerkannt erhielt; daß es sonach zur Wirksamerhaltung des gesetzlichen Pfandrechtes des Vermiethers an den ohnehin bekannten und aus den vermietheten Localitäten bis zur Feilbietung nicht hinweggekommenen Fahrnissen, an deren Stelle der Feilbietungserlös per 931 fl. 37 kr. trat, einer früheren Zinsklage und pfandweisen Beschreibung nicht bedurfte, mithin ohne offenbare Ungerechtigkeit dem A die Erfolglassung des Feilbietungserlöses per 931 fl. 37 kr. nicht bewilligt werden konnte.

Nr. 2986.

Einrechnung des Vorausempfanges in den testamentarisch zugewiesenen Pflichttheil.

Entsch. v. 11. Februar 1868, Nr. 566 (Best. des Urth. des B. G. Roveredo v. 9. Juli 1867, Nr. 4988, Abänd. des Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 30. Oct. 1867, Nr. 2851). G. H. 1868, S. 218. Gazz. d. Trib. 1868, Nr. 18 und 19.

Gegen die Klage des von seinem Vater M testamentarisch auf den Pflichttheil beschränkten A wider den testamentarischen Universalerben B auf Herausgabe des Geldwerthes des Pflichttheiles machte der Beklagte die Anrechnung des den Pflichttheil erschöpfenden und sogar übersteigenden Betrages geltend, welchen der Kläger von dem Erblasser zur Ausstattung und Gründung einer Haushaltung bereits empfangen hat.

Dieser Einwendung des Beklagten hat der oberste Gerichtshof in der Erwägung stattgegeben, daß, wenn man die §§. 774, 787 und 788 a. b. G. B., die blos vom Pflichttheil und der Anrechnung zum Pflichttheil handeln und die §§. 790—792, welche im Gegentheil die Anrechnung bei der testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge zum Gegenstand haben, miteinander vergleicht und im Zusammenhang betrachtet, es sich wohl nicht bezweifeln läßt, daß die im §. 788 a. b. G. B. den Kindern und Enkeln des Erblassers auferlegte, ausnahmslose Pflicht der Anrechnung zum Pflichttheil auch dann eintrete, wenn — wie hier — der Erblasser testamentarisch einem Sohn blos den Pflichttheil und zwar mit ausdrücklicher Bezeichnung als Pflichttheil hinterlassen hat, und daß die Bestimmung des §. 790 a. b. G. B. nur in dem ganz verschiedenen Falle einer testamentarischen Erbseinsetzung Anwendung finden könne, wenn nämlich dem Kinde ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil der in natura zu theilenden Verlassenschaft zugedacht und dasselbe nicht auf seinen Pflichttheil eingeschränkt worden ist.

Nr. 2987.

Wegfall der Abhandlungspflege bei einer den gesammten Nachlaß erschöpfenden Schenkung auf den Todesfall.

Entsch. v. 11. Februar 1868, Nr. 1184 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Neubau in Wien v. 9. Oct. 1867, Nr. 11512, und des O. L. G. Wien v. 19. Nov. 1867, Nr. 20950). G. Z. 1868, Nr. 57.

Der am 15. Juni 1867 verstorbene M hinterließ zwei am Todestage ausgestellte letzte Willenserklärungen, nämlich einen Schenkungsvertrag auf den Todesfall und ein Testament. In dem ersteren, welcher mit den Erfordernissen des §. 956 a. b. G. B. versehen war, schenkte er gewisse genau bezeichnete Gegenstände der A und in dem Testamente setzte er dieselbe zur Universalerbin ein, indem er gleichzeitig seine Mutter B auf den Pflichttheil beschränkte. Wie sich später herausstellte, bestand die Verlassenschaft lediglich aus den geschenkten Effecten. Die Abhandlungsbehörde trug nach §. 29 des kaiserlichen Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, dem Notar die Pflege der Abhandlung auf. In dem am 20. Juli 1867 in der Notariatskanzlei aufgenommenen Abhandlungsprotokoll bat die A im Einverständniß mit der B um Zurückleitung der Abhandlung an das Gericht, weil nach ihrer Ansicht gar keine Abhandlung zu pflegen sei, da Erblasser mit der Schenkungsurkunde über sein gesammtes Vermögen verfügt habe, diese Schenkung die Erfordernisse des §. 956 a. b. G. B. besitze, also kein Verlassenschaftsvermögen vorhanden und die Abhandlung armuthshalber abzuthun sei. Der Notar legte den Act dem Gerichte vor, welches ihm jedoch denselben mit dem erneuerten Auftrag zurückstellte, ungeachtet dieser Einwendung die Abhandlung zu pflegen. — Das O. L. G. bestätigte diese Verfügung, weil abgesehen davon, daß der Erblasser außer der Schenkungsurkunde auf den Todesfall noch eine weitere letztwillige Anordnung hinterlassen hat, der Zeitpunkt der Uebergabe des den Gegenstand des obigen Schenkungsvertrages bildenden Vermögens erst mit dem Tode des Erblassers eingetreten ist, daher sich auch letzteres als ein Nachlaßvermögen darstellt, welches der Abhandlung nach Vorschrift des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, zu unterziehen ist.

Dagegen wurde vom obersten Gerichtshofe der Abhandlungsbehörde verordnet, ihren dem Notar ertheilten Auftrag zur Verlassenschaftsabhandlungspflege, soweit sich dieser Auftrag auf das in dem Schenkungsvertrage auf den Todesfall vom 15. Juni 1867 bezeichnete Vermögen bezieht, zurückzunehmen und auf das von der Geschenknehmerin im Einverständnisse mit der Pflichttheilberechtigten in dem Protokolle vom 20. Juli 1867 gestellte Ansuchen um Abthuung des Verlassenschaftsabhandlungsgeschäftes wegen Abganges eines der Verlassenschaftsabhandlung zu unterziehenden Vermögens, das weiters Geeignete zu verfügen. Denn, so heißt es in dem bezüglichen Decrete,

es liegt ein zwischen dem verstorbenen M und der A am 15. Juni 1867 abgeschlossener, mit Beachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten ausgefertigter Schenkungsvertrag vor, nach dessen Inhalt M die darin aufgeführten Vermögensgegenstände der A auf seinen Todesfall geschenkt, sich des Rechtes des Widerrufes dieser Schenkung ausdrücklich begeben, der Geschenknehmerin darüber die schriftliche Urkunde ausgehändigt, und die letztere diese Schenkung anzunehmen erklärt hat. Eine mit diesen Erfordernissen zu Stande gekommene Schenkung auf den Todesfall hat nach §. 956 a. b. G. B. die rechtliche Natur und Wirkung eines Vertrages, dessen vollständige Erfüllung zwar erst mit dem Tode des Schenkenden, dann aber auch schon mit der unmittelbaren Wirkung eintritt, daß das auf den Todesfall geschenkte, mittelst der dem Beschenkten eingehändigten schriftlichen Urkunde bereits übergebene und von dem Beschenkten angenommene Vermögen mit dem eingetretenen Tode des Geschenkgebers nicht mehr als ein der Verlassenschaftsabhandlung zu unterziehendes Nachlaßvermögen des Letzteren angesehen werden kann, sondern als ein mit dem Tode des Geschenkgebers vom Geschenknehmer erworbenes und in dessen Eigenthum übergegangenes Vermögen betrachtet werden muß, in Ansehung dessen es einer gerichtlichen Verhandlung zum Zwecke der Nachweisung des Rechtsanspruchs und Uebergabe in den rechtlichen Besitz (§. 797 a. b. G. B.) nicht mehr bedarf und hinsichtlich dessen in Absicht auf die aus Anlaß der Vermögensübertragung zu entrichtende Staatsgebühr lediglich nach Vorschrift des Gebührengesetzes (§. 59, Gesetz vom 9. Febr. 1850, R. G. Bl. Nr. 50) vorzugehen ist. Bezüglich des in der gedachten Schenkung auf den Todesfall der A zugedachten Vermögens hat daher eine Verlassenschaftsabhandlung nicht einzutreten, und ob wegen Abganges eines anderweitigen Vermögens der Fall der Abthuung des Todesfalles vorhanden sei, bleibt der Entscheidung des Gerichtes erster Instanz überlassen.

Nr. 2988.

Bestellung einer Servitut an einem im Miteigenthum befindlichen Grundstück. Verbücherung derselben auf den Quoten.

Entsch. v. 11. Februar 1868, Nr. 1195 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Baden v. 3. Sept. 1867, Nr. 6201, und des O. L. G. Wien v. 4. Dec. 1867, Nr. 22011). G. Z. 1868, Nr. 48.

In dem schriftlichen Vertrage, womit A das Haus des B kaufte, war ihm von B und dessen Frau C die Servitut des Wasser-

bezugs aus dem Brunnen des anstoßenden, dem B und der C gehörigen Hauses bestellt und später von B die Bewilligung zur Intabulation der Servitut auf der dem B gehörigen Haushälfte ertheilt worden. A begehrte nun die Intabulation der Dienstbarkeit auf der Haushälfte des B und deren Pränotation auf der Hälfte der C. — Das Gericht erster Instanz wies das Gesuch zurück, weil Grunddienstbarkeiten untheilbare Rechte sind (§. 485 a. b. G. B.), daher nicht an ideellen Theilen einer Realität erworben werden können, durch die Einverleibung der gedachten Grunddienstbarkeit auf der Hälfte des B und Pränotirung auf jener der C dieselbe nur an der ersteren Hälfte erworben würde (§§. 431 und 445 a. b. G. B.), somit eine Theilung dieses Rechtes einträte, wobei der Umstand, daß B die Einverleibung eines auf dem ganzen Grundstücke auszuübenden Servitutsrechtes auf seine Hälfte bewilligt hat, irrelevant erscheint, da der Eigenthümer eines Antheiles lediglich in Ansehung dieses Antheiles Verfügungsrechte hat (§. 829 a. b. G. B.). — Das O. L. G. bestätigte diese Abweisung, weil es sich um eine Grunddienstbarkeit handelt, welche auf der ganzen Realität ausgeübt werden soll und untheilbar ist; weil deshalb die Einverleibung und Pränotirung nur auf die ganze Realität und nicht auch lediglich auf aliquote Theile erfolgen und bewilligt werden kann, weil im vorliegenden Falle A nur die Einwilligung des Miteigenthümers B zur Einverleibung auf den ihm angehörigen Realitätenantheil nachgewiesen hat, und weil andererseits auch nur die Pränotirung der Servitut auf den der C gehörigen Realitätenantheil begehrt worden ist.

Der oberste Gerichtshof hat das Gesuch bewilligt. Gründe: In dem mit den Erfordernissen einer vollen Glauben verdienenden Urkunde versehenen Kaufvertrage haben B und C dem A das Recht des Wasserbezuges aus ihrem Brunnen eingeräumt. B hat noch insbesondere später in die Einverleibung desselben auf seine Hälfte des Hauses gewilligt, und bei der glaubwürdigen Form des Vertrages kann auch kein Anstand obwalten, daß nach §§. 438 und 445 a. b. G. B. dieses Recht auf der der C eigenthümlichen Hälfte desselben bedingt einverleibt werde, wodurch keineswegs eine nach §. 485 a. b. G. B. unzulässige Veränderung oder Theilung der Servitut selbst herbeigeführt wird.

Nr. 2989.

Beweis zum ewigen Gedächtniß: Beweisaufnahme während des Recurszuges; Unzulässigkeit nachträglicher Vernehmung über besondere Fragestücke.

Entsch. v. 11. Februar 1868, Nr. 1319 (Best. des das Decr. des B. G. Enns v. 4. Nov. 1867, Nr. 2109, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 17. Dec. 1867, Nr. 23004). G. Z. 1868, Nr. 64.

In einer Rechtssache war auf Einschreiten des Geklagten vom Gerichte erster Instanz der Beweis zum ewigen Gedächtniß zugelassen und zur Abhörung der Zeugen Tagsatzung auf den 12. August bestimmt worden, ohne den Kläger, welchem die Weisartikel am 3. August zugestellt wurden, vorher zu vernehmen. Dieser überreichte am 9. August den Recurs gegen die Bewilligung und gleichzeitig ein Erstreckungsgesuch. Ersterer wurde dem O. L. G. vorgelegt, letzteres auf die protokollarisch aufgenommene negative Aeußerung des Geklagten zurückgewiesen und Kläger hievon am 12. August verständigt. Da keine besonderen Fragestücke einlangten, erfolgte die Vernehmung der Zeugen am 12. August über die Weisartikel und die allgemeinen Fragestücke. Darauf folgte die obergerichtliche Abweisung des vorerwähnten Recurses des Klägers und nun überreichte er beim Proceßgerichte die besonderen Fragestücke mit der Bitte um nachträgliche Vernehmung der Zeugen über dieselben.

Dieses in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde vom O. L. G. und vom obersten Gerichtshof abgewiesen. Gründe der dritten Instanz: In dem vorliegenden Falle sind dem Kläger die Weisartikel zur Verfassung der Fragestücke schon am 3. August 1867, also neun Tage vor der auf den 12. August 1867 anberaumten Zeugenabhörung zugestellt worden; in einem solchen Falle ist aber nach der klaren Anordnung des §. 181 der a. G. O. nach Vorschrift des vorhergehenden Capitels, also auch nach §. 151 zu verfahren, welcher ausdrücklich bestimmt, daß bei Nichteinlegung der abgeforderten Fragestücke solche dann nicht mehr anzunehmen sind; es kommt auch nach dem Hofdcr. vom 15. October 1802, J. G. S. Nr. 579, nicht darauf an, ob die Zeugenabhörung ohne Vernehmung des Gegentheils bewilligt wurde, sondern nur darauf, ob dem Gegentheile die Weisartikel zur Verfassung der Fragestücke zugestellt wurden, und wenn auch die Abweisung des Recurses gegen die Bewilligung der Zeugenabhörung erst am 11. September 1867 erfolgt ist und die Abweisung des mit diesem Recurse am 9. August 1867 überreichten Erstreckungsgesuches dem Vertreter des Recurrenten erst am Tage und zur Stunde der Zeugenabhörung zugestellt wurde, so war er doch schon früher in der Lage, seine besonderen Fragestücke vorzulegen, und muß es sich selbst zuschreiben, wenn er ungeachtet der Zweifelhaftigkeit des Erfolges seines Recurses und Erstreckungsgesuches die Einlegung von Fragestücken unterließ und dadurch des Rechtes dazu verlustig wurde.

Nr. 2990.

Unbedenklichkeit des Zeugen, der mit beiden Parteien verwandt ist.

Entsch. v. 12. Februar 1868, Nr. 203 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 5. April 1867, Nr. 21390, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 9. Oct. 1867, Nr. 12671). G. Z. 1868, Nr. 45.

In einer Rechtssache zwischen zwei Brüdern erkannte das Gericht erster Instanz, obwohl der von dem Kläger durch einen dritten Bruder geführte Zeugenbeweis zu Gunsten des Zeugenführers ausgefallen war, nicht auf den Erfüllungseid des Klägers über das Beweisthema, sondern auf den dem Geklagten eventuell aufgetragenen Hauptseid. — Vom O. L. G. hingegen wurde der Erfüllungseid zugelassen; denn, so heißt es in den Gründen, da dieser Zeuge ein leiblicher Bruder des Klägers und des Geklagten ist, so kann in diesem Verwandtschafts-verhältnisse kein Bedenklichkeitsgrund gefunden werden, und da auch weder eine dem Geklagten feindselige Gesinnung noch ein sonstiges Interesse des Zeugen an dem Ausgange des Processes erwiesen vorliegt, so steht der Zulassung des Klägers zum Erfüllungseid kein Hinderniß entgegen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung, weil es doch selbstverständlich ist, daß ein Umstand, welcher den Zeugen als dem Zeugenführer geneigt ansehen läßt, alle Bedeutung verliert, wenn vermöge dieses Umstandes eine gleiche Geneigtheit für den Gegner des Zeugenführers anzunehmen wäre; der Zeuge also in Beziehung auf das Verwandtschaftsverhältniß nicht gerade als zu Gunsten des Klägers befangen angesehen werden kann, sonst ein Bedenklichkeitsgrund nicht vorliegt und daher durch seine Aussage eine erste halbe Probe hergestellt ist.

Nr. 2991.

Vorgeben der Eigenberechtigung seitens eines unter verlängerter Vormundschaft stehenden Volljährigen bei Abschluß von Rechtsgeschäften.

Entsch. v. 12. Februar 1868, Nr. 332 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 30. April 1867, Nr. 16373, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 21. August 1867, Nr. 12980). G. Z. 1868, Nr. 27.

A begründete seine Klage gegen den Vater und gesetzlichen Vertreter des B auf Rückstellung von Kleidern, Gemälden und Wechseln, eventuell auf Vergütung des Schadens per 3385 fl. mit folgendem Sachverhalte: Im November 1864 sei C, welchen er seit

lange kenne, in sein, des A, Geschäftslocal mit der Anfrage gekommen, ob er, A, nicht Willens sei, fertige Waare gegen ein in Kurzem fälliges Wechselaccept des B, Sohn des reichen D, im Betrage per 3000 fl. zu verkaufen? A erwiderte, er habe nicht so viel fertige Waare, sei jedoch nicht abgeneigt, sich in ein Geschäft einzulassen. Tags darauf sei B mit C bei A erschienen und habe von diesem mit Beziehung auf das Vorausgegangene fertige Kleider im Facturenwerthe per 900 fl., Oelgemälde im Preise von 100 fl., zwei Wechsel des C per 1800 fl. gekauft, für sich Kleider im Werthe von 200 fl. bestellt und zur Deckung dieser Gesammtschuld dem Kläger A sein Accept per 3000 fl. gegeben. Er, A, habe umsoweniger Anstand genommen, das Geschäft abzuschließen, als er sich noch vorher durch persönliche Einsicht des Grundbuchsstandes von der Wahrheit der Angabe des B, Eigenthümer eines fast lastenfreien Wiener Vorstadthauses zu sein, überzeugt hatte. Zur Verfallszeit 1865 habe B den Wechsel per 3000 fl. nicht eingelöst und dem A erklärt, der Wechsel sei ungiltig, weil er, B, zur Zeit der Acceptirung, obschon 31 Jahre alt, doch wegen Verschwendung unter Curatel gestanden sei. Auf seine Betheuerung, er sei nunmehr gerichtlich für eigenberechtigt erklärt und werde nächstens den Erbtheil nach seiner Mutter beheben und die Forderung des A sammt allen Nebengebühren berichtigen, bestellte er nunmehr bei A Kleidungsstücke zum eigenen Gebrauch, welche ihm der gläubige A im Werthe von 214 fl. auch lieferte. Auch stellte B jetzt gegen Rückgabe des Wechsels per 3000 fl. dem A eine Urkunde aus, in welcher er, auf seine nunmehrige Großjährigkeit hinweisend, und den Rechtstitel seiner Schuld per 3214 fl. sammt verrechneten Zinsen und Nebengebühren per 171 fl. erklärend, deren Richtigkeit anerkannte und sie als Darlehensschuld zu zahlen versprach. Auf Grund dieses Sachverhaltes, aus dem sich ergebe, daß sich der noch immer unter Curatel stehende B fälschlich für großjährig ausgegeben habe, und auf den Umstand hinweisend, daß das Minderjährigkeitsband des B in dem Grundbuchsstande des ihm gehörigen Hauses nicht angemerkt war, verlangte A die Wiederherstellung des vorigen Zustandes durch Rückgabe der verkauften Sachen im unversehrten Zustande, eventuell Zahlung des Schadenbetrages. Der Vertreter des B wendete ein, daß die Klagbehauptungen wegen Minderjährigkeit und Bewucherung seines Sohnes nicht geeignet seien, die Klagansprüche zu rechtfertigen. — Das Gericht erster Instanz wies die Klage aus folgenden Gründen ab: Die Entscheidung der Streitsache ruht einzig und allein in der Auslegung des §. 248 a. b. G. B.; denn die §§. 246 und 247 a. b. G. B., auf welche sich gleichfalls berufen wird, müssen schon bei einem flüchtigen Entgegenhalten der in Rede stehenden Thatsachen als außer aller Beziehung stehend erkannt werden. Um bei Auslegung des §. 248 die richtige Grundlage zu gewinnen, ist es vor Allem nöthig, festzuhalten, daß der §. 244 die Regel, daß ein Minderjähriger keine

Verpflichtung auf sich nehmen könne, statuirt und daß die §§. 246, 247 und 248 die Ausnahme dieser Regel, und daher streng auszulegen sind. Der §. 248 a. b. G. B. zerfällt wieder in zwei Theile, von denen ersterer den Fall behandelt, wenn der Minderjährige durch Eingehung eines Geschäftes Jemanden beschädigt. In diesem Falle kann der Minderjährige nur durch das Vorschützen der Großjährigkeit eine Haftung auf sich laden. Der zweite Absatz umfaßt nach der Textirung und dem natürlichen Gegensatze, in welchem er zum ersten steht, einseitige Handlungen des Minderjährigen, welche an sich verboten sind oder ein Verschulden begründen, also solche, die außer dem Bereiche eines abgeschlossenen Geschäftes liegen. Wenn dem zweiten Absatze eine weniger einschränkende Auslegung gegeben würde, so würde dadurch der erste Absatz aufgehoben; denn wenn geschäftliche Acte des Minderjährigen in das Bereich eines dadurch gegründeten Verschuldens gezogen werden können, so ist dann der Minderjährige nicht blos für den Schaden verantwortlich, wenn er sich für großjährig ausgegeben und der Andere hierüber nicht Erkundigung einholen konnte, sondern auch dann, wenn dieser sich zu erkundigen in der Lage war und nicht blos, wenn der Minderjährige sich für großjährig ausgab, sondern auch, wenn er den Abgang der Handlungsfähigkeit verschwieg, weil in diesen Fällen ein Verschulden des Minderjährigen vorliegt. Betrachtet man nun die beiden alternativ in der Klage gestellten Begehren, so ist es klar, daß sie höchstens aus dem ersten Absatze des §. 248 abgeleitet werden können, weil denselben keine einseitigen Handlungen des unter pflegschaftlicher Obsorge Stehenden, sondern mit dem Kläger eingegangene geschäftliche Acte zu Grunde gelegt werden. Es unterstützt sonach der zweite Absatz dieses Paragraphen nicht die beiden Klagbegehren. Was aber den ersten Absatz dieses Gesetzes betrifft, so ist er in vorliegendem Falle auch nicht anwendbar; denn das Gesetz hat einen solchen Pflegebefohlenen in Betracht, welcher diese Eigenschaft durch sein Alter und durch das Gesetz hat, nicht aber einen solchen, welchem die Vermögensverwaltung durch gerichtlichen Beschluß laut kundgemachten Edictes entzogen ist; wäre die Entschuldigung mit der Unkenntniß des Edictes zulässig, so würde der vom Gesetze beabsichtigte Schutz in den meisten Fällen unwirksam werden. Die Beilage 1 der Einrede weist aber die erfolgte Veröffentlichung des Edictes nach, laut welchem die väterliche Gewalt über B verlängert wurde. Bei Geschäften, wie die in Rede stehenden, welche den Stempel des Wagnisses an der Stirne tragen, entbehren jene gesetzlichen Bestimmungen in ihrer rücksichtslosen Geltung jeden Charakters der Härte. Aber ganz abgesehen davon hätte das Vorgeben der Großjährigkeit erst beim letzten aller dieser Geschäfte, wodurch Kleider im angeblichen Werthe von 214 fl. überlassen wurden, von Seite des B stattgefunden. Dazumal hatte Kläger aber bereits die Verlängerung der väterlichen Gewalt über jenen erfahren. Es

wäre also nach den eigenen Angaben des Klägers dadurch schon alle Vorsicht angezeigt gewesen; es ist aber keine angewendet worden. Das O. L. G. erkannte auf den vom Kläger für seine Klaganführungen angebotenen Zeugenbeweis. In den Entscheidungsgründen heißt es: Es handelt sich vor Allem um die Frage, ob der noch unter verlängerter Vormundschaft befindliche B hinsichtlich der mit dem Kläger angeblich im Jahre 1864 und 1865 abgeschlossenen, in der Klage angeführten Rechtsgeschäfte verbindlich und für den durch Nichtzuhaltung der diesfälligen Verträge zugefügten Schaden verantwortlich erscheint? In dieser Beziehung kann zwar der erste Absatz des die Haftungspflicht der Minderjährigen normirenden §. 248 a. b. G. B. im vorliegenden Falle nur per analogiam Anwendung finden, da sich derselbe offenbar auf solche Pflegebefohlene bezieht, welche zwar das 20. Lebensjahr, aber noch nicht die physische Großjährigkeit erreicht haben. Hingegen spricht der zweite Absatz dieses Paragraphen im Allgemeinen von der Haftungspflicht der Minderjährigen, die sich namentlich auf verbotene Handlungen der Letzteren und den durch ihr Verschulden verursachten Schaden bezieht. Ein solches Verschulden des B ergibt sich jedoch aus den Behauptungen der Klage, wonach der Kläger durch das Verschweigen des Mangels der Eigenberechtigung von Seite des B, dann durch dessen weitere, gerade auf den Besitz der Vollberechtigung schließende Handlungsweise des Letzteren, namentlich die Acceptirung des Wechsels per 3000 fl., dann dessen angebliche Erklärung, daß er den Erbtheil seiner Mutter zur Verfallszeit des obigen Acceptes oder noch früher erheben, und daß er bestimmt in der Lage sein werde, sein Accept einzulösen, umsomehr in den Glauben versetzt werden mußte, daß er es bei Contrahirung der fraglichen Geschäfte mit einem Vollberechtigten zu thun habe, als B bereits am 23. Mai 1857 24 Jahre alt geworden ist, und daher zur Zeit des ersten Geschäftsabschlusses, im Jahre 1864, bereits im 31. Lebensjahre sich befand. Es konnte daher mit Hinblick auf die Bestimmungen der §§. 248 und 1295 a. b. G. B. derzeit schon mit der gänzlichen Abweisung des Klagbegehrens nicht vorgegangen, sondern es mußte vorläufig der vom Kläger angebotene Zeugenbeweis zugelassen werden, da sich derselbe als erheblich und namentlich auf die Beurtheilung der Tragweite des klägerischen Schadenersatzanspruches und die Entscheidung hierüber Einfluß übend darstellt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Beweisurtheil „in der Erwägung, daß dieser Beweis zur näheren Aufklärung über den Vorgang bei den abgeschlossenen Geschäften dienen kann“.

Nr. 2992.

Dissimulation des verabredeten Kaufpreises in der über das Kaufgeschäft errichteten Notariatskunde.

Entsch. v. 12. Februar 1868, Nr. 372 (Best. des Urtheils des B. G. Krakau v. 3. Oct. 1866, Nr. 12607, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau v. 26. März 1867, Nr. 54). G. H. 1868, S. 303. G. Z. 1868, Nr. 101. Zeitschr. f. d. Notariat 1869, Nr. 12.

In der Klage der Eheleute A gegen die Eheleute B wurde angeführt: Die Kläger verkauften ihr Haus den Beklagten um 1300 fl.; in der über dieses Rechtsgeschäft am 9. October 1862 errichteten Notariatsurkunde wurde jedoch in der Absicht, einen Theil der Uebertragungsgebühr zu ersparen, der Kaufschilling mit 810 fl. simulirt und der Empfang desselben bescheinigt; in der Wirklichkeit zahlten die Eheleute B auf Rechnung des ursprünglich mündlich vereinbarten Kaufschillings von 1300 fl. bei Unterzeichnung des Vertrages 750 fl., sodann 250 fl. und verpflichteten sich, den Restbetrag, nämlich 300 fl., am 1. November 1862 zu entrichten. Auf Zahlung dieses Restes ist das Klagbegehren gerichtet worden. — Die erste Instanz verurtheilte die Beklagten nach dem Begehren unter der Bedingung des klägerischerseits durch den (ihnen aufgetragenen) Haupteid erbrachten Beweises, daß die Summe von 1300 fl. als Kaufpreis des Hauses zwischen ihnen und den Klägern vereinbart wurde, und daß sie sich verpflichtet haben, den Kaufschillingsrest von 300 fl. am 1. November 1862 den Eheleuten A zu bezahlen. — Das O. L. G. wies die Kläger mit ihrem Begehren ab, weil die mündliche Verabredung der Parteien über den angeblich wahren Kaufschilling der Notariatsurkunde gegenüber durchaus nach §. 887 a. b. G. B. behandelt werden muß; weil diese Verabredung, wenn sie wirklich stattgefunden hat, durch den später geschlossenen Notariatsvertrag aufgehoben wurde; weil die Vorschriften der §§. 887 und 916 nicht gleichzeitig angewendet werden können, wenn man nicht in einen Widerspruch verfallen will; weil ferner schon die Natur der Notariatsurkunde selbst die Anwendbarkeit des §. 916 ausschließt; weil endlich Angesichts der §§. 2 und 4 der Notariatsordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 94, von der Zulassung des von den Klägern aufgetragenen Haupteides, daß irgend eine nachträgliche Verabredung getroffen worden sei, keine Rede sein kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: Mit Berufung auf den §. 887 a. b. G. B. läßt sich das Begehren der Kläger nicht abweisen. Denn nach ihrer Anführung und nach dem von ihnen angebotenen Beweis mittelst des Haupteides kann nicht angenommen werden, daß die Paciscenten über den Kaufpreis von 1300 fl. nicht einig geworden, oder daß sie von der Stipulation desselben wieder abgegangen seien, sondern es war dies in dem mündlichen Vertrage ein Punkt, worüber beide Theile

einig gewesen sind, und der nur in fraudem aerarii nicht seinem vollen Umfange nach, sondern nur in beschränkterem Betrage in der Vertragsurkunde aufgenommen werden sollte, weshalb auch, da die Feststellung dieses höheren Kaufpreises ein beiderseits vereinbarter Punkt war, der citirte Paragraph hier nicht zur Anwendung kommen kann. Es liegt zwar in dieser Stipulation eine unerlaubte Handlung, deren Verfolgung und Ahndung auf dem dafür bestimmten Weg stattfinden kann; allein der Zulassung des Haupteides darüber: daß der Kaufpreis von 1300 fl. verabredet wurde und daß die Beklagten die Zahlung des Preisrestes auf den 1. November 1862 versprachen, kann dies nicht im Wege sein, indem sonst die Kläger eine so bedeutende Einbuße erleiden und die Beklagten, die doch den eigentlichen Vortheil daraus zogen, da nur sie als Käufer die Uebertragungsgebühr trifft, den doppelten Nutzen aus diesem Vorgange ziehen würden. Es kann daher die erstgerichtliche Entscheidung, welche den Klägern im Falle der Herstellung des erwähnten Eidbeweises die Kaufschillingsrestsumme von 300 fl. zuerkennt, nur gebilligt werden.

Nr. 2993.

Hypothecirung der Regreßforderung des Cessionars: Nichtberechtigung des Hypothekarschuldners zur Geltendmachung der Einwendung der mangelnden Valuta.

Entsch. v. 12. Februar 1868, Nr. 496 (Best. des das Urth. des B. G. Austerlitz v. 20. Juni 1867, Nr. 3961, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 18. Sept. 1867, Nr. 9811). G. H. 1868, S. 176.

C hatte dem A eine Forderung von 1123 fl. cedirt, ausdrücklich die Haftung für die Richtigkeit und den Eingang derselben übernommen und zur Sicherstellung dieser Haftpflicht sein Haus X verpfändet, welches er später dem B verkaufte. Um seine mit dem Betrage von 1123 fl. auf dem Hause intabulirte Regreßforderung zu realisiren, belangte nun A den Hauseigenthümer B mit der Hypothekarklage auf Zahlung der besagten 1123 fl. Der Beklagte wendete dagegen ein, daß sein Auctor C von dem Kläger die Valuta für die demselben cedirte Forderung nicht erhalten habe. Replicando gab der Kläger zu, daß er nicht die volle Valuta von 1123 fl., sondern nur 950 fl. dem C zugezählt habe, und trug zum Beweis der Zuzählung des letzteren Betrages dem Beklagten den referiblen Haupteid auf. — In erster Instanz wurde der Kläger mit dem Betrage von 173 fl. unbedingt abgewiesen und der Betrag von 950 fl. unter der Bedingung des Beweises durch den Haupteid demselben zuerkannt. — Das O. L. G. hat dem Klagbegehren vollständig und unbedingt stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz. Gründe: Der Beklagte mußte beim Ankaufe des Hauses X aus dem Grundbuche die Haftung der Forderung von 1123 fl. ersehen und vermöge §. 443 a. b. G. B. auch wissen, daß er mit dem Hause auch die sachliche Haftung übernimmt. Im Kaufvertrage mit C hat der Beklagte blos gegen diesen das Recht erworben, zu fordern, daß C die (ihm versprochene) Löschung der besagten Satzpost bewirke; er ist aber nicht zu Einwendungen gegen die persönlichen Rechte legitimirt, welche der Kläger gegen C erworben hat und nur der Letztere bestreiten kann, allein nicht bestritten hat. Der Beklagte kann daher das Pfandrecht des Klägers an dem Hause X für die von C übernommene und nicht angefochtene Pflicht der Haftung für die Richtigkeit der vollen von C dem Kläger cedirten Forderung weder ganz noch zum Theile ableugnen, umsoweniger, als es dem Cedenten C, selbst wenn er nicht den vollen Betrag von 1123 fl. als Cessionsvaluta erhielt, freistand, sich gegen den Cessionar ausdrücklich zur Haftung für die Richtigkeit und den Eingang der ganzen Forderung verpflichten und ihm für die volle Haftung eine Hypothek zu bestellen. Eine Unredlichkeit des Klägers wurde übrigens beklagterseits nicht eingewendet und trat in der Proceßverhandlung nicht hervor. Ist aber der Beklagte von C hintergangen worden, so kann dies nicht dem Kläger zum Nachtheile gereichen.

Nr. 2994.

Unabhängigkeit des Beginnes der Verjährung von der Kenntniß des Berechtigten.

Entsch. v. 12. Februar 1868, Nr. 832 (Best. des das Urth. des B. G. Weiskirchen v. 30. Juni 1867, Nr. 2807, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 2. Oct. 1867, Nr. 10046). G. H. 1868, S. 218.

Gegen die im Jahre 1866 angestellte Klage des A wegen Zahlung einer seit dem Jahre 1829 fälligen Forderung wurde vom Beklagten B 1. unter Anbietung des Zeugenbeweises die Zahlung, 2. die Verjährung nach §. 1479 a. b. G. B. eingewendet. — Die erste Instanz erkannte auf den ad 1. angetragenen Zeugenbeweis. — Das O. L. G. wies den Kläger wegen der eingetretenen Verjährung ab und bemerkte in den Motiven: Das Anbringen des Klägers, daß die verstorbene M, von der derselbe die Forderung ererbt hat, zeitlebens von dem Bestande der Forderung keine Kenntniß hatte, dadurch der Anfang der Verjährung hinausgeschoben, mithin die Verjährung zur Zeit der Klage noch nicht vollendet war, ist ohne Belang, weil der M die Ausübung des Rechtes objectiv möglich war, nach §. 1478 a. b. G. B. nur diese und nicht die subjective Möglichkeit der Rechts-

ausübung in Betracht kommt, folglich die Unmöglichkeit der Geltendmachung, soweit sie nur in der Person der M lag, den Anfang der Verjährung nicht hinderte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen und in Erwägung, daß die Unkenntniß eines Rechtsanspruches im §. 1494 a. b. G. B. nicht als eine Ursache der Hemmung der Verjährung angesehen wird, insbesondere dann nicht, wenn der dreißigjährige Nichtgebrauch des Rechtes eingewendet ist, da nach §. 1479 ebendort durch dreißigjährige Nichtausübung alle Rechte gegen Dritte schon an und für sich erlöschen.

Nr. 2995.

Verfahren in Ausziehstreitsachen. Frist zur Appellation bei Klagen wegen abgelaufener Bestandzeit.

Entsch. v. 12. Februar 1868, Nr. 1178 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Brünn v. 31. Dec. 1867, Nr. 14663). G. H. 1868, Nr. 215.

In dem Processe des A gegen B peto. Räumung und Zurückgabe der vom Beklagten gemietheten Wohnung wurde auf den in der Replik gestellten Antrag des Klägers mit Zustimmung des Gegners für die Fortsetzung des Rechtsstreites das im Patent vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 (Verfahren in Streitigkeiten aus Bestandverträgen), normirte Verfahren zu Grunde gelegt und vom O. L. G. die nach Verstreichung der dreitägigen Frist (§. 15, lit. d des citirten Patentes) angebrachte Appellationsanmeldung und Beschwerde des A gegen das erstgerichtliche Urtheil als verspätet abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof verordnete dem O. L. G. die meritorische Entscheidung. Gründe: A, als Bestandgeber, hat den Bestandnehmer B auf Räumung und Uebergabe der Wohnung wegen abgelaufener Bestandzeit belangt. Es liegt also keiner von den Fällen vor, wofür der §. 15 des citirten Patentes die im summarischen Proceß allgemein geltende achttägige Frist zur Appellationsanmeldung und Beschwerde auf drei Tage herabsetzt. Die vor Ablauf des achten Tages a dato der Urtheilszustellung überreichte Beschwerde des A war somit rechtzeitig angebracht.

Nr. 2996.

Außerordentliche Revision im mündlichen Verfahren: Unterschrift des Advocaten.

Entsch. v. 12. Februar 1868, Nr. 1374 (Best. des das Decr. des B. G. Hainburg v. 7. Nov. 1867, Nr. 2699, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 14. Jänner 1868, Nr. 624). G. Z. 1868, Nr. 28.

Die a. o. Revisionsbeschwerde gegen gleichförmige Urtheile, welche der sachfällige Streittheil schriftlich bei dem Proceßgerichte ohne Unterzeichnung eines Rechtsfreundes (deren es am Gerichtssitz nicht gab) überreichte, wurde in erster Instanz ohne Weiteres, vom O. L. G. mit dem Bedeuten zurückgewiesen, dieselbe entweder mündlich anzubringen oder schriftlich mit der Fertigung eines Advocaten versehen zu reproduciren.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Erlaß der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Wenn auch in der Justizministeralverordnung vom 5. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 122, die Einbringung schriftlicher Eingaben in den zum mündlichen Streitverfahren bestimmten Fällen ohne Unterschrift eines Advocaten an solchen Orten, an welchen entweder kein oder nur ein berechtigter Advocat besteht, zulässig erklärt ist, so bleibt es doch den Gerichten im Sinne des Hofdcr. v. 16. Februar 1792, J. G. S. Nr. 253, vorbehalten, wenn, wie hier, mit Grund anzunehmen ist, daß eine Eingabe von einem Winkelschreiber verfaßt sei, die Partei anzuweisen, ihre Angelegenheit mündlich zu Protokoll zu bringen oder die Schrift mit der Fertigung eines berechtigten Rechtsfreundes zu überreichen, was im vorliegenden Falle umsomehr angezeigt erschien, als es sich um die Ergreifung eines außerordentlichen Rechtsmittels handelt, welche nach dem Hofdcr. vom 15. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2593, eine Ahndung zur Folge haben kann, worüber der Partei vom Gerichte oder vom befugten Rechtsfreunde die geeignete Belehrung zu ertheilen ist.

Nr. 2997.

Execution auf ein im Grundbuch nicht eingetragenes Grundstück.

Entsch. v. 18. Februar 1868, Nr. 1542 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Stanislau v. 24. Juli 1867, Nr. 10789 und des O. L. G. Lemberg v. 27. Nov. 1867, Nr. 33883). G. H. 1868, S. 325.

Das Gesuch des A um executive pfandweise Beschreibung des angeblich seinem Schuldner gehörigen, im Grundbuche nicht eingetragenen Grundstückes X wurde in erster Instanz abgewiesen, weil

1. nicht festgestellt wurde, daß das Grundstück keinen Tabularkörper bildet, und 2. der Beweis fehlt, daß der Schuldner dasselbe wirklich besitzt. — Aus dem ad 1 angeführten Grund hat das O. L. G. den erstgerichtlichen Bescheid bestätigt, indem das mit dem Pfändungsgesuche vorgelegte Zeugniß des Gemeindeamtes vom Grundbuchsgerichte nicht verificirt ist und daher den Beweis des Nichteingetragenseins der Liegenschaft im Grundbuche nicht liefert.

Der a. o. Revisionsrecurs des A, worin er sich auf die in einem anderen Falle getroffene principiell entgegengesetzte Entscheidung der dritten Instanz vom 5. März 1867, Nr. 1402 (Sammlung Nr. 2751) berief, wurde vom obersten Gerichtshofe verworfen, weil damit die Execution auf ein unbewegliches Gut nach Art der Execution auf bewegliche Sachen geführt werden kann, dargethan sein müßte, daß die Realität keinen Gegenstand des Grundbuches bildet, was aber in dem Executionsgesuche des A nicht dargethan wurde.

Nr. 2998.

Exrotulirung während des Restitutionsprocesses.

Entsch. v. 18. Februar 1868, Nr. 1566 (Best. des Decr. des L. G. Linz v. 5. Dec. 1867, Nr. 10548, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 30. Dec. 1867, Nr. 24085). G. Z. 1868, Nr. 36. G. H. 1869, S. 27.

Während des Restitutionsprocesses, welchen der in seinem Rechtsstreite gegen B sachfällig gewordene A eingeleitet hatte, begehrte B die Exrotulirung der Acten des ersten Processes, weil er selbe zur Vertheidigung im Restitutionsstreite benöthigte. — Die erste Instanz ordnete eine Tagsatzung zur Exrotulirung an. — Auf den Recurs des A, welcher geltend machte, daß er im Restitutionsproceß auf die noch bei Gericht befindlichen Acten des Hauptprocesses sich berufen habe, wo B sie einsehen könne, und er sonst Gefahr laufe, daß er später die Acten, worauf er sich berufen, nicht mehr zusammenbringe, hat das O. L. G. das Exrotulirungsgesuch für dermalen abgewiesen, weil zur Zeit der Anbringung desselben der Restitutionsproceß bereits im Zuge und daher die Exrotulirung der fraglichen Proceßacten wegen Zusammenhanges derzeit nicht zu bewilligen war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz, weil der Umstand, daß Acten eines beendeten Rechtsstreites zu einem anderen nöthig sind, die Zurückhaltung derselben und die Entziehung des anderweitigen Gebrauches derselben nicht zu rechtfertigen vermag, auch der Gegner nicht angehalten werden kann, dieselben bei Gericht einzusehen, um darnach seine Schrift zu verfassen.

Nr. 2999.

Zeugenbeweis: That- oder Rechtsbehauptung?

Entsch. v. 19. Februar 1868, Nr. 1397 (Best. des das Urtheil des B. G. Krakau v. 31. Dec. 1866, Nr. 17552, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 29. August 1867, Nr. 10440). G. H. 1868, S. 295.

Auf Grund des von A an eigene Ordre ausgestellten Wechsels wurde der Acceptant dem Indossatar zur Zahlung condemnirt und dem Letzteren gegen den Verurtheilten die Mobilienpfändung bewilligt, bei deren Vornahme die B, Gattin des Acceptanten, dem Executionsführer erklärte, „daß sie sich verpflichtete", entweder ihm oder dem (Wechselaussteller) A die Forderung zu zahlen. In Folge dessen übernahm A wieder den Wechsel von dem Indossatar und belangte die B auf Zahlung unter Anbietung des Zeugenbeweises für ihre Erklärung. — Dieser Beweis wurde vom O. L. G. zugelassen und der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus den nachstehenden, die Ausführung der Revisionsbeschwerde der B widerlegenden Gründen. Die Beklagte bestreitet die Zulassung des Zeugenbeweises, weil das Wort „verpflichten" nicht einen Geschichtsumstand, sondern einen Rechtsbegriff bezeichne, gegen sie keinen Rechtstitel begründe und der Kläger an ihrer angeblichen Erklärung nicht unmittelbar betheiligt gewesen sei, weshalb dieselbe für ihn als dritte Person keine Wirkung haben könne. Allein alle diese Einwendungen sind unerheblich: Die Uebernahme der Schuld zur Zahlung konnte durch einen anderen Ausdruck als „sich verpflichten" nicht erklärt werden und es ist darin allerdings ein Geschichtsumstand, nämlich die Uebernahme der Zahlung nach §. 1344 a. b. G. B. enthalten; den Titel der Forderung gegen die B aber spricht der eben citirte Paragraph aus, und nachdem der Wechsel dem Kläger A wieder zurückindossirt worden ist, erscheint derselbe nicht als dritte Person, sondern als unmittelbar betheiligt bei dem Wechselgeschäfte des Acceptanten, in welches die Beklagte durch ihre Erklärung eingetreten wäre.

Nr. 3000.

Pfändung von im Besitz eines Dritten befindlichen Sachen: Aufhebung derselben ungeachtet des unterbliebenen Recurses gegen den Pfändungsbescheid.

Entsch. v. 19. Februar 1868, Nr. 1507 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Brünn v. 16. August 1867, Nr. 12597 und des O. L. G. Brünn v. 27. Nov. 1867, Nr. 18443). G. Z. 1868, Nr. 87.

Auf das Einschreiten der Firma A gegen ihren Schuldner C wurde im Jahre 1867 die executive Pfändung und Schätzung der in

der Spodiumfabrik des B befindlichen, angeblich dem Executen C gehörigen Fabrikseinrichtung, jedoch nur unter Intervention des Exequenten bewilligt, sodann unter der Intervention des Exequenten und des Executen trotz des Protestes des B vollzogen und dem B ein Rubrum des Pfändungsbewilligungsbescheides zugestellt. Nun erhob B bei der ersten Instanz unter Berufung auf das Hofdcr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, Beschwerde gegen den Vollzug der Pfändung, da der Amtsdiener bei dem obwaltenden Zweifel über den Besitz gegen die Vorschrift dieses Hofdecretes ohne weitere gerichtliche Instruction die Pfändung vollzogen habe. Auch legte er einen Brief des Executen vor, in welchem dieser ihm die Spodiumerzeugungs-Compagnie für den 1. April 1866 kündigte, sich aber die Geltendmachung seiner Gesellschaftsansprüche vorbehielt, und bat um Aufhebung der Pfändung und Verweisung der Exequenten auf den Rechtsweg. — B wurde von beiden Untergerichten abgewiesen. Gründe der zweiten Instanz: Das Gericht erster Instanz hat der Firma A die Pfändung bewilligt und B den ihm zugestellten Bewilligungsbescheid unangefochten gelassen, indem er dagegen keinen Recurs, sondern lediglich gegen den Pfändungsact eine Vorstellung überreichte, die mit dem jetzt angefochtenen Bescheide von der ersten Instanz abgewiesen wurde. Es ist demnach der Pfändungsbewilligungsbescheid in Rechtskraft erwachsen. Wenn aber B nichts dagegen einzuwenden hatte, daß dem Gläubiger des C die Pfändung der obgleich in seiner, des B, Spodiumfabrik befindlichen Werkzeuge bewilligt wurde, so kann er sich auch gegen den in Gemäßheit dieses Bescheides vollzogenen Pfändungsact nicht beschweren, sondern es muß ihm überlassen werden, seine beim Pfändungsvollzuge angemeldeten Eigenthumsansprüche mittelst der Excscindirungsklage zu verfolgen.

Dem hiegegen angebrachten Revisionsrecurse hat der oberste Gerichtshof stattgegeben und den angefochtenen Executionsact als ungiltig aufgehoben. Gründe: In Erwägung, daß die Rechtskraft des Pfändungsbewilligungsbescheides den Beschwerdeführer nicht hindern kann, gegen die Pfändung von Gegenständen, die sich in seinem Besitze befinden, Beschwerde zu führen, da ihm überhaupt nicht zustand, gegen den wider C erflossenen Executionsbescheid zu recurriren; daß der vom Beschwerdeführer gegen den Pfändungsact eingebrachte Protest, nach Hofdcr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, nicht als unzuläßig erscheint, da derselbe den Zweck hat, eine den Umständen entsprechende Belehrung des Amtsdieners, oder die Prüfung des Executionsactes zu erwirken; daß nach dem Wortlaute und Sinne des obigen Hofdecretes bei beweglichen Sachen, die sich nicht im Besitze des Executen befinden, die Execution nur dann vorgenommen werden kann, wenn Jener, in dessen Besitz sie sich befinden, sich nicht widersetzt, da im Absatz 4 dieses Gesetzes direct angeordnet ist, daß im Falle der Weigerung desjenigen, in dessen

Besitz sich die Effecten befinden, die Execution zuzulassen, diesem die Pfändungsbewilligung zwar zuzustellen ist, der Exequent jedoch als Kläger auftreten muß; daß sich die in der Spodiumfabrik des Beschwerdeführers gepfändeten Gegenstände offenbar im Besitze des Beschwerdeführers befanden, da der Exequent selbst die Spodiumfabrik als die des Beschwerdeführers bezeichnet; daß die einfache Angabe des Executen, diese Gegenstände seien sein Eigenthum, nicht genügt, den Besitz des Beschwerdeführers zu entkräften und daß auch aus dem Nebenumstande, daß nach dem vorgelegten Briefe das Compagniegeschäft bereits im April 1866 aufgelöst wurde, weit mehr Gründe für den Besitz des Beschwerdeführers als des Executen sich ergeben, somit nicht dem Ersteren, sondern dem Letzteren zusteht, die Rechtsansprüche nach Weisung des Absatzes 4 obigen Hofdecretes geltend zu machen, erscheint der vorgenommene Pfändungsact dem Gesetze nicht entsprechend und muß daher aufgehoben werden.

Nr. 3001.

Beisetzung des Handzeichens für den des Schreibens Unkundigen mit dessen Zustimmung durch einen Dritten.

Entsch. v. 20. Februar 1868, Nr. 732 (Best. der gleichförmigen Urth. des H. G. Prag v. 13. Mai 1867, Nr. 1583 und 1838 und des O. L. G. Prag v. 14. Oct. 1867, Nr. 24582). G. H. 1868, S. 209.

In dem nach den Regeln des ordentlichen Verfahrens geführten Proceß des A gegen seinen Schuldner und gegen die B als Bürge und Selbstzahlerin pcto. 1743 fl. wurde die Letztere von beiden Untergerichten freigesprochen, weil auf die betreffende Urkunde das Kreuzzeichen nicht von der Hand der des Schreibens unkundigen B gesetzt worden war und der vom Kläger mittelst Delation des Haupteides an die B angebotene Beweis, daß das Handzeichen von einem Dritten mit ihrer Zustimmung für sie beigesetzt worden sei, der Vorschrift des §. 886 a. b. G. B. gegenüber als irrelevant angesehen wurde.

Die vom Kläger ergriffene a. o. Revisionsbeschwerde, worin derselbe auf den §. 37 des Gesetzes über den summarischen Civilproceß sich berief, wurde vom obersten Gerichtshofe in der Erwägung verworfen, daß aus der kategorischen Bestimmung des §. 886 a. b. G. B. die Beweislosigkeit der ohne Beobachtung dieser Vorschrift errichteten Urkunde gegen den des Schreibens unkundigen oder unfähigen Aussteller mit Nothwendigkeit sich ergibt.

Nr. 3002.

Subjectiver Umfang der Servitut des Wohnungsrechtes.

Entsch. v. 20. Februar 1868, Nr. 1425 (Best. des das Urth. des B. G. Jaroměř v. 23. Oct. 1866, Nr. 5495, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 27. August 1867, Nr. 19283). G. H. 1868, Nr. 167.

B hatte dem A und der Braut und nachmaligen Frau desselben und ihren Erben in seinem Hause bestimmte Localien zur unentgeltlichen Wohnung und lebenslänglichem Gebrauch und Genuß eingeräumt. Nach dem Tode seiner kinderlosen Frau verließ A die Wohnung, heiratete nach einigen Jahren wieder, bekam Kinder und nahm sodann mit Klage gegen B die frühere Wohnung in Anspruch zu dem seinem Stande, Gewerbe und dermaligen Hauswesen, wozu seine zweite Frau und Kinder gehören, angemessenen lebenslänglichen Gebrauch. — Die erste Instanz wies den Kläger ab, weil die Servitut nur der ersten Gattin desselben und ihren Nachkommen zugestanden wurde, nach §. 484 a. b. G. B. Servituten nicht erweitert und im Zweifel ein unentgeltlicher Vertrag nach §. 915 ebendort in der dem Verpflichteten weniger beschwerlichen Weise ausgelegt werden soll.

In Erwägung, daß im Vertrage das Wohnungsrecht dem A und seiner ersten Frau für Beide und ihre Erben ohne Beschränkung desselben auf ihre eheliche Verbindung eingeräumt und die Bestimmung, daß im Falle des Todes des einen Ehetheiles das Wohnungsrecht des anderen Theiles aufhören soll, nicht getroffen wurde, mithin das Wohnungsrecht jedem dieser Ehegatten auf die Dauer seines Lebens eingeräumt war; daß die angebliche Absicht des Beklagten, durch diese Einräumung nur die eheliche Verbindung der beiden Brautleute begünstigen zu wollen — so daß nach dem Tode des Einen das Wohnungsrecht für den Anderen wegfallen sollte — aus dem Vertrage nicht erhellt und, wäre sie auch vorhanden gewesen, ohne ausdrücklich zur Bedingung gemacht zu sein, nach §. 901 a. b. G. B. auf das Recht keinen Einfluß haben kann und, selbst wenn die Einräumung des Wohnungsrechtes als ein unentgeltlicher Act des Beklagten angesehen wird, nach §. 711 a. b. G. B. nicht bindend wäre; daß das eingeräumte Wohnungsrecht, als untheilbar (§. 485 a. b. G. B.), in seinem ganzen vertragsmäßigen Umfange dem A auch nach dem Tode seiner ersten Frau zusteht und er dasselbe nach den §§. 505 und 521 a. b. G. B., seinem Bedürfniß entsprechend und seinem Stande, Gewerbe und Hauswesen angemessen, ausüben darf, zum Hauswesen aber auch seine zweite Frau und seine Kinder zweiter Ehe gehören und doch unmöglich verlangt werden kann, daß er die Wohnung für sich allein mit Ausschluß seiner Familie benutze — hat der oberste Gerichtshof dem Klagbegehren stattgegeben.

Nr. 3003.

Nothwendigkeit der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zu Aenderungen in der Administration des Mündelvermögens.

Entsch. v. 20. Februar 1868, Nr. 1567 (Best. des das Decr. des B. G. Alsergrund in Wien v. 18. Jänner 1868, Nr. 1197, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 28. Jänner 1868, Nr. 1876). Gerichtsbote 1868, Nr. 9.

Der Vormund des A beabsichtigte die bisher von der Mutter des Pupillen geführte Administration des dem Letzteren gehörigen Hauses selbst zu übernehmen und auf sein zu diesem Zwecke überreichtes Gesuch verständigte das B. G. Alsergrund, in dessen Bezirk das Haus liegt, die Mutter des Mündels und die Miethparteien, daß vom 1. Februar 1868 an der Vormund die Hausverwaltung besorge und daß die am besagten Tage fälligen Miethzinse nur zu seinen Händen giltig gezahlt werden können.

Auf den Recurs der bisherigen Hausverwalterin wurde das Gesuch des Vormundes vom O. L. G. abgewiesen und diese Verordnung vom obersten Gerichtshof bestätigt, weil nach Inhalt des angebrachten Gesuches mit demselben eine Aenderung in der Administration des dem minderjährigen A gehörigen Hauses bezweckt wird, bei deren Durchführung die (vom Gesuchsteller bei Seite gelassene) zur Beurtheilung der Zulässigkeit berufene Vormundschaftsbehörde nicht zu umgehen ist.

Nr. 3004.

Anfechtung der vom erstgenannten Streitgenossen stillschweigend anerkannten Competenz durch andere Genossen.

Entsch. v. 26. Februar 1868, Nr. 982 (Best. des Urth. des L. G. Klagenfurt v. 12. Februar 1867, Nr. 611, Abänd. des Urth. des O. L. G. Graz v. 5. Nov. 1867, Nr. 11973). G. H. 1868, S. 177.

Gegen die von A wider B und die Südbahngesellschaft angestellte Klage peto. Zahlung von 159.868 fl. wurde von der Letzteren die exceptio declinatoria fori aus dem Grunde erhoben, weil der erstgenannte Beklagte B nicht im Sprengel des angerufenen Gerichtes Klagenfurt seinen Wohnsitz habe. Der Kläger verwahrte sich gegen die Legitimation der Südbahngesellschaft zu dieser vom Erstgenannten nicht vorgebrachten Einwendung; den Beweis dafür, daß B in Klagenfurt domicilirt sei, mißlang ihm. — Das O. L. G. hat der in erster Instanz abgewiesenen Einwendung der Incompetenz stattgegeben, weil der §. 41 J. N., wonach Klagen wider Streitgenossen bei dem Gerichtsstande des Erstbeklagten anzubringen sind, eine Ausnahme von der allgemeinen Regel statuirt, daß Jeder nur bei seinem ordentlichen

Richter belangt werden kann, weshalb dieser Paragraph mittelst ausdehnender Interpretation auf den Fall, wo der Erstbeklagte das unzuständige Gericht stillschweigend durch Unterlassung der exceptio fori (§§. 2 und 48 J. N.) prorogirt, nicht angewendet und dem Mitbeklagten die Einwendung, daß der Erstgenannte dem angerufenen Gerichte nicht unterstehe, nicht entzogen werden darf; weil vielmehr nach dem Hofdecrete vom 4. September 1801, J. G. S. Nr. 535, angenommen werden muß, daß hier der Erstbeklagte B mit der Incompetenzeinrede der Mitbeklagten einverstanden ist, zumal das citirte Hofdecret ganz allgemein lautet, im mündlichen Proceß die exceptio fori mit den meritorischen Einwendungen zugleich angebracht werden darf und die vom nachgenannten Streitgenossen allein erhobenen Einwendungen auch für den Erstgenannten gelten, wenn er auch auf die Klage Rede und Antwort nicht gegeben hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz. Gründe: Nach dem Grundsatz des §. 41 J. N., daß mehrere gemeinschaftliche Beklagte dasjenige Gericht als zuständig anzuerkennen haben, welchem der Erstgenannte untersteht, kann nur diesem die Einwendung, daß der Beklagte für seine Person dem angerufenen Gerichte nicht unterstehe, zukommen. Im vorliegenden Falle hat der Erstgenannte B diese Einwendung nicht vorgebracht; es muß daher nach den §§. 2 und 48 J. N. angenommen werden, daß er das angerufene Gericht in Klagenfurt als das zuständige anerkennt, und es kann nach dem für die Streitgenossen hinsichtlich der Gerichtszuständigkeit geltenden Grundsatze das Recht, vom Kläger noch den Beweis der vom Erstgenannten schon anerkannten Competenz des Gerichtes zu fordern, der mitbeklagten Gesellschaft nicht eingeräumt werden. Die Hofdecrete vom 4. September 1801, J. G. S. Nr. 535, und vom 5. März 1847, J. G. S. Nr. 1042, haben hier keine Anwendung; nicht das erstere, weil darin offenbar nur der meritorischen Einwendungen gedacht ist, hier aber auf die Klage nicht Rede und Antwort gegeben wurde, und ebensowenig das letztere, weil bei der vom Erstgenannten stillschweigend anerkannten Gerichtszuständigkeit ein für ihn gemeinschaftliches Interesse an der von der Mitbeklagten eingewendeten Incompetenz nicht angenommen werden kann.

Nr. 3005.

Eigenthum an einer au porteur lautenden Lebensversicherungspolice.

Entsch. v. 3. März 1868, Nr. 641 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Hernals v. 12. Mai 1867, Nr. 5752, und des O. L. G. Wien v. 6. Nov. 1867, Nr. 13849). G. H. 1868, S. 230.

Die A, Braut des verstorbenen M, belangte dessen Erben B wegen Anerkennung ihres Eigenthums an einer für die M'sche Ver-

lassenschaft bei Gericht deponirten Lebensversicherungspolice, die auf den Tod des M ausgestellt ist und auf den Ueberbringer lautet. Die Police war von M vor seinem Abgang in das Spital dem C zur Aufbewahrung übergeben und von diesem dem Commissär der Aufnahme des Verlassenschaftsinventars ausgehändigt worden, welcher sie bei Gericht erlegte. Der von B bestrittene Anspruch der Klägerin wurde darauf gegründet, 1. daß sie den Versicherungsvertrag geschlossen habe; 2. daß die Police im Auftrage des M ihr zugestellt worden sei; 3. daß M ihr gesagt habe: es sei der Vertrag deshalb geschlossen worden, damit im Fall seines Todes seine Braut, resp. Frau etwas zu leben habe, da er mit seinen Geschwistern nicht gut stehe; 4. daß M ihr auch erklärt habe, die Versicherung geschehe, damit das Capital seinerseits ihr zufalle; 5. daß sie selbst jedesmal die Prämien bezahlt habe, bis auf das letztemal, wo M die Prämie bezahlte und sie ihm zu diesem Behufe die Police aushändigte; 6. (replicando) daß M, als sie, bereits im Besitze der Police, Besorgniß wegen der seinerzeitigen Geltendmachung ihres Eigenthums äußerte, sie mit den Worten beruhigt habe: die Police gehöre in jedem Falle ihr und Niemand solle ihrem Eigenthum etwas anhaben können. — Beide Untergerichte erkannten gegen das Klagbegehren wegen des nicht erbrachten Eigenthumsbeweises der Klägerin. Denn ihre Anführung ad 1 (daß sie das Leben des M versichern ließ) ist durch den Inhalt der Police und durch die Aussage des Agenten der Assecuranzgesellschaft widerlegt, laut welcher der Vertrag mit M abgeschlossen wurde; hienach war M der ursprüngliche Eigenthümer und hätte die Klägerin beweisen müssen, von ihm die Police auf rechtliche Art überkommen zu haben (§. 423 a. b. G. B.). Ohne Beweis des Titels für die Erwerbung dieses derivativen Eigenthums ist der Umstand ad 2, daß die Police ihr zugestellt wurde, völlig gleichgiltig, weil diese Zustellung an sich keine Tradition, sondern höchstens eine Hinterlegung beweist. Das ad 3 und 4 angeführte Motiv der Versicherung ist aus dem nämlichen Grunde belanglos und noch insbesondere nach den §§. 572 und 901 a. b. G. B. nicht maßgebend. Die Bezahlung der Prämien durch die Klägerin ad 5 gäbe ihr nicht mehr als den Anspruch auf den Rückersatz und vermag ihr Eigenthum an der Police umsoweniger zu beweisen, als die erste und letzte Prämie von M selbst gezahlt worden ist. Die ad 6 angeführte Erklärung des Verstorbenen ist als dessen Anerkennung ihres Eigenthums eben nur einem wirklichen Eigenthum gegenüber rechtlich denkbar, daher irrelevant; als Schenkung aber (welche die Klägerin daraus folgern will) — abgesehen von der unstatthaften Abänderung des Titels durch diese erst in der Replik vorgebrachte Behauptung — zur Begründung des Eigenthums nicht ausreichend, weil die Klägerin die Beobachtung der zur Giltigkeit einer Schenkung, inter vivos oder mortis causa, erforderten Förmlichkeiten nicht bewiesen hat. Da die Police au porteur lautet, so würde sie schon mit der (erfolgten) Uebergabe an M demselben

abgetreten worden sein, selbst wenn er nicht schon früher der Eigenthümer gewesen wäre, und nebst dem Besitze bedarf es keines weiteren Beweises der Abtretung (§. 1393 a. b. G. B.). Auch würde selbst im Zweifel nach dem §. 374 a. b. G. B. dem Beklagten der Vorzug gebühren.

Die a. o. Revisionsbeschwerde der A wurde vom obersten Gerichtshofe verworfen. Gründe: Es ist, nach der Aussage des Agenten der Versicherungsanstalt, allerdings sehr wahrscheinlich, daß M beim Abschluß des Vertrages die Absicht hatte, daß die Police, resp. die versicherte Summe von 1000 fl. seiner Braut und zukünftigen Frau, der Klägerin, zukommen sollte. Allein er ließ die Police nicht zu ihren Gunsten, sondern au porteur ausfertigen, weshalb nach den §§. 371 und 1393 a. b. G. B. seine Verlassenschaft, in deren Besitz — beziehungsweise in der Inhabung des Depositars C — bei dessen Tod die Police war, als Eigenthümer derselben erscheint; wozu noch kommt, daß sich kein Grund denken läßt, warum M, der sich schon krank fühlte, die Police, falls er noch gewillt war, sie der Klägerin zuzuwenden, nicht ihr, sondern zur Aufbewahrung einem Dritten behändigt hat. Aus diesen und den von den Untergerichten angeführten Gründen wurde die Revisionsbeschwerde abgewiesen.

Nr. 3006.

Execution des Erkenntnisses auf Ausstellung einer Urkunde: Bestellung eines Curators?

Entsch. v. 4. März 1868, Nr. 1925 (Best. des das Decr. des B. G. Kaplitz v. 16. Sept. 1867, Nr. 4071, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 29. Oct. 1867, Nr. 30464). G. H. 1868, S. 194.

In Vollstreckung des Urtheils, wodurch B dem A zur Ausstellung einer grundbuchsmäßigen Quittung condemnirt worden war, begehrte A die Aufstellung eines Curators für den B zur Ausstellung der von dem Letzteren verweigerten Quittung. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde vom O. L. G. abgewiesen, weil die Bestellung eines Curators nur in den im a. b. G. B., in der a. G. O. und den Novellen ausdrücklich bezeichneten Fällen zulässig ist; unter den in der G. O. aufgezählten Executionsarten die Execution mittelst Aufstellung eines Curators nicht vorkömmt; die Ausstellung und Unterzeichnung einer Quittung nicht eine Arbeit im Sinne des §. 309 a. G. O. ist, indem die Unterzeichnung einer Urkunde nur durch den Verpflichteten oder durch seinen Mandatar, keineswegs aber durch einen vom Gericht bestellten Arbeiter geschehen, und weil gegen Denjenigen, welcher zur Ausfertigung einer Urkunde verurtheilt wurde,

die Execution nur nach §. 310 a. G. O. mittelst Geldstrafen stattfinden kann.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs des A mit Bezugnahme auf die Motive der zweiten Instanz.

Nr. 3007.

Erweiterung der Frist zur Rechtfertigung des Verbotes; Nichteinrechnung der Ferialtage.

Entsch. v. 4. März 1868, Nr. 2050 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 8. Jänner 1868, Nr. 605, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 21. Jänner 1868, Nr. 1378). G. Z. 1868, Nr. 50.

Nr. 3008.

Berechtigung des Vermiethers zur sofortigen Aufhebung des Miethvertrages im Falle der Rückständigkeit des Miethzinses.

Entsch. v. 6. März 1868, Nr. 2283 (Best. des das Urth. des B. G. Neubau in Wien v. 8. Februar 1868, Nr. 2181, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 26. Februar 1868, Nr. 3424). G. Z. 1868, Nr. 47.

A verlangte mit Klage vom 3. Februar 1868 das Erkenntniß: der Miether B sei schuldig, binnen drei Tagen die in seinem, des A, Hause in einer Vorstadt Wiens gemiethete Wohnung zu räumen, weil derselbe mit einem Theil des am 1. November 1867 fällig gewordenen Miethzinses im Rückstande war (§. 1118 a. b. G. B.). B wendete unter Anderem ein, daß der §. 1118 a. b. G. B. nur das Recht enthalte, einen auf bestimmte längere Zeit geschlossenen Vertrag vor Ablauf derselben aufzuheben, daß aber der Kläger ihm jedenfalls früher kündigen müsse. — Die erste Instanz wies die Klage als verfrüht zurück. Gründe: Zufolge der für Wien geltenden Verordnung des n. ö. O. L. G. v. 11. October 1865, Nr. 17294 (L. G. Bl. für Niederösterreich vom J. 1866, Nr. 11), kann B selbst in dem Falle, als A den bestehenden Miethvertrag durch eine im November- (1867) Termine angebrachte Aufkündigung aufgehoben hätte, zur gänzlichen Räumung der Wohnung erst am 12. Februar 1868 angehalten werden, und es ist eine von den Bestimmungen der Miethordnung abweichende Verabredung zwischen den Parteien auch nicht behauptet worden. Wenn man daher selbst annehmen wollte, daß dem Kläger das im §. 1118 a. b. G. B. dem Vermiether eingeräumte Recht, die Aufhebung des Miethvertrages zu fordern, zusteht, weil der Ge-

klagte am 1. Februar 1868 noch mit einem Theile des am 1. November 1867 fälligen Miethzinses im Rückstande war, und wenn man unter der Aufhebung des Vertrages im §. 1118 die Räumung des Mieth-objectes und nicht die Aufhebung des Vertrages durch Kündigung (§. 1116), als verstanden annehmen wollte, so konnte doch das bereits erworbene Recht des Geklagten, die Wohnung durch obigen Zeitraum bis 12. Februar zu gebrauchen und dieselbe in dem durch die Mieth-ordnung vorgezeichneten Zeitpunkte, nämlich am 12. Februar 1868, erst räumen zu müssen, dadurch nicht geschmälert werden. Die schon am 3. Februar 1868 eingebrachte Klage auf Räumung der gemietheten Wohnung ist also umsomehr verfrüht, als auch am Tage der Urtheils-schöpfung der in der Miethordnung vorgezeichnete Zeitpunkt der gänz-lichen Räumung — der 12. Februar 1868 — noch nicht eingetreten war. — Das O. L. G. gab dem Klagbegehren statt. Gründe: Der Geklagte gesteht zu, daß er vom früheren Miethzinse noch einen Theil schuldig war und auch den am 1. Februar 1868 fällig gewordenen nicht bezahlt hat. Demnach sind alle Erfordernisse des §. 1118 a. b. G. B. vorhanden und Kläger berechtigt, die sofortige Aufhebung des Bestandvertrages zu fordern. Es kann auch nicht behauptet werden, daß der Kläger den Zinsrückstand vorerst hätte einklagen sollen, oder daß er das Recht auf Aufhebung des Miethvertrages nur mittelst einer Aufkündung geltend machen könne, da die im §. 1118 a. b. G. B. geforderte vorläufige Einmahnung zugegebenermaßen auch wirklich geschehen ist und Kläger zu einer Aufkündung in den ge-wöhnlichen Terminen nicht erst einer besonderen Berechtigung aus dem §. 1118 bedarf. B kann sich auch nicht darauf berufen, daß er durch die Unterlassung der Aufkündung im Novembertermine das Recht auf die Benutzung der Wohnung bis 12. Februar 1868 erworben habe, weil eben der §. 1118 a. b. G. B. dem Bestandgeber das Recht einräumt, in dem daselbst normirten Falle die frühere Auf-hebung des Vertrages, also die Aufhebung des Vertrages noch vor Ablauf der ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Zeit, zu fordern. — Der Geklagte ergriff die Revisionsbeschwerde und producirte eine Bestätigung des Klägers über die am 19. und 20. Februar 1868 er-folgte Zahlung des Zinsrückstandes pro November 1867, wonach ihm gewiß das Recht der Benutzung bis 12. Februar 1868 zustehe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen und dem weiteren, daß aus der vom Geklagten erst im Revisionszuge geltend gemachten Zahlung des ganzen Zinses für die Zeit vom 1. November 1867 bis 1. Februar 1868 eine zur Zeit der Klage — 3. Februar 1868 — oder selbst am 12. Fe-bruar 1868 schon für den Geklagten bestehende Berechtigung, die Wohnung bis 12. Februar 1868 zu benutzen, um so minder gefolgert werden kann, als das Recht des Klägers zur Vertragsaufhebung schon am 1. Februar 1868 eingetreten war; daß die erst in der Revisions-

beschwerde beigebrachte Quittung nicht berücksichtigt werden darf, übrigens nach derselben die Zahlung des Rückstandes von dem am 1. November 1867 fälligen Zinse erst am 19. und 20. Februar, somit lange nach dem 12. desselben Monates geleistet worden ist.

Nr. 3009.

Zwangsveräußerung von Liegenschaften: Vorzugsrecht rückständiger Personalsteuern?

Entsch. v. 10. März 1868, Nr. 2150 (Best. des Decr. des B. G. Laibach v. 28. Oct. 1867, Nr. 17190, Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz vom 17. Dec. 1867, Nr. 14458). G. H. 1868, S. 203.

Das Vorzugsrecht, welches die Finanzprocuratur bei Vertheilung des Erlöses der executiven Versteigerung einer Liegenschaft für die beim Executen von den letzten drei Jahren ausstehende Erwerbs- und Einkommensteuer in Anspruch nahm, wurde vom obersten Gerichtshofe in der Erwägung abgesprochen, daß das Hfd. vom 16. September 1825, J. G. S. Nr. 2132, bei der im Executionswege außer dem Concurs vollzogenen Versteigerung einer Realität das gesetzliche Pfandrecht vor den Tabulargläubigern nur den dreijährigen Rückständen von jenen landesfürstlichen Steuern einräumt, die von der in Execution gezogenen Realität hätten entrichtet werden sollen; daß nach Absatz 3 des citirten Gesetzes auf andere, zwar im allgemeinen Concurs privilegirte, allein mit gesetzlichem Pfandrecht an einem Gute nicht versehene Steuerausstände bei Vertheilung des Kaufschillings für das außer dem Concurs versteigerte Gut keine Rücksicht genommen werden kann; und daß die Erwerb- und Einkommensteuer nur Personalsteuern sind, die nur mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse und die Beschäftigung des Steuerpflichtigen und nicht auf Grund seines Eigenthums- oder Besitzrechtes an der im Executionswege verkauften Liegenschaft eingehoben werden, welche für derlei persönliche Steuern gesetzlich nicht in Haftung steht.

Nr. 3010.

Frist zur Appellation im Falle nachträglicher Zustellung der Urtheilsgründe.

Entsch. v. 10. März 1868, Nr. 2191 (Aufhebung des Decr. des O. L. G. Wien v. 28. Jänner 1868, Nr. 1150). G. Z. 1868, Nr. 42.

Gegen das im summarischen Verfahren geschöpfte, am 22. December 1867 ohne Mittheilung der Entscheidungsgründe dem Geklagten

zugestellte Urtheil der ersten Instanz hatte dieser am 30. December 1867 rechtzeitig die Appellationsanmeldung in simplo überreicht und darin den Umstand der nicht erfolgten Zustellung der Gründe gerügt. Mit Bescheid vom 30. December 1867 wurde demselben eine Frist von vier Tagen ab intim. zur zweifachen Ueberreichung der am 30. December 1867 einfach überreichten Appellationsanmeldung ertheilt und wurden ihm gleichzeitig mit diesem Bescheide am 4. Jänner 1868 die vermißten Entscheidungsgründe zugestellt. Hierauf überreichte der Geklagte am 6. Jänner 1868 eine von der früheren verschiedene, mit der Appellationsbeschwerde verbundene Appellationsanmeldung, welche von dem O. L. G. als verspätet zurückgewiesen wurde.

Der oberste Gerichtshof hob die obergerichtliche Zurückweisung auf und verordnete, in zweiter Instanz in der Hauptsache zu entscheiden, und zwar in der Erwägung, daß dem Recurrenten am 22. December 1867 das ihn abweisende und zum Gerichtskostenersatze verfällende Urtheil gegen die Vorschrift des §. 34 des Gesetzes über das summarische Verfahren ohne die Entscheidungsgründe zugestellt wurde, was auch von ihm in der ersten Appellationsanmeldung bemerkt worden ist und worüber ihm erst nachträglich mit Bescheid vom 30. December 1867 die Entscheidungsgründe am 4. Jänner 1868 zugestellt wurden, daß also die vom Recurrenten am 6. Jänner 1868 in duplo eingebrachte Appellationsanmeldung, obwohl ihm mit dem erwähnten Bescheide vom 30. December 1867 die Frist von vier Tagen ab intim. nur zur zweifachen Ueberreichung der am 30. December 1867 einfach eingebrachten Appellationsanmeldung ertheilt worden, und die von ihm am 6. Jänner 1868 in duplo überreichte Schrift eine von der früheren verschiedene, auch die Appellationsbeschwerde enthaltende Appellationsanmeldung ist, schon darum nicht als verspätet zurückgewiesen werden kann, weil dem Recurrenten bis 4. Jänner 1868 das Urtheil nicht ordnungsmäßig, nämlich auch mit den Entscheidungsgründen, zugestellt worden war.

Nr. 3011.

Vertheilung des Meistgebotes für eine Liegenschaft: Grundbuchsstand als Norm für die Zuweisung der Klägerrolle bei collidirenden Ansprüchen.

Entsch. v. 10. März 1868, Nr. 2324 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Linz v. 31. Dec. 1867, Nr. 9917, und des O. L. G. Wien vom 28. Jänner 1868, Nr. 1432). G. H. 1868, S. 254.

Bei dem Satzcapital des C wurde zu Gunsten des B erst das vertragsmäßige Superpfandrecht für einen von B dem C eröffneten Credit, und später das executive Pfandrecht für die aus der Benutzung

des Credits dem B gegen C entstandenen Wechselforderungen ad locum des Creditvertrages intabulirt. Zwischen die erste und zweite Eintragung fällt die Intabulation des Gläubigers A. Bei der Verhandlung über die Vertheilung des Erlöses aus der von B für seine Wechselforderungen nachgesuchten Versteigerung der Satzpost des C bestritt nun A dem B den Altersvorzug des Pfandrechtes und es wurde der Letztere von beiden Untergerichten angewiesen, den Altersvorzug seines Pfandrechtes gegen A mittelst Klage binnen 60 Tagen, bei sonstiger Vornahme der Meistgebotsvertheilung ohne Berücksichtigung seiner Ansprüche, auszuführen.

Vom obersten Gerichtshofe wurde umgekehrt A zur Klagführung gegen B angewiesen, weil das executive Pfandrecht des B für die Wechselforderungen ad locum des Credits intabulirt ist, daher die Betretung des Klagweges nicht dem B, dessen Priorität der Grundbuchsstand ausweist, sondern dem A zukommt, welcher trotzdem den Altersvorzug des Pfandrechtes des B bestreiten zu können glaubt.

Nr. 3012.

Beschränkung der fideicommissarischen Substitution auf das den Pflichttheil übersteigende Vermögen.

Entsch. v. 11. März 1868, Nr. 938 (Best. des Urth. der Prätur Imoschi v. 28. März 1866, Nr. 631, Abänd. des Urth. des O. L. G. Zara vom 10. Juli 1867, Nr. 2755). G. H. 1868, S. 291.

M setzte sein einziges Kind N zum Erben ein, substituirte demselben für den Fall des Todes ohne Descendenten den A, und bedachte seine Ehefrau B mit dem Fruchtgenuß des Vermögens bis zu ihrer etwaigen Wiederverehelichung. Die Vormundschaft des N trat die testamentarische Erbschaft an und die B erklärte, den ihr zugedachten Fruchtgenuß anzunehmen. Nachdem mit dem Tode des Vorerben N ohne Nachkommen der Substitutionsfall eingetreten und darauf die B zu zweiter Ehe geschritten war, wurde sie von dem Nacherben A auf Anerkennung seines Erbrechtes zur ganzen Verlassenschaft des M und auf Herausgabe derselben belangt und wendete dagegen ein, daß das Erbrecht des Klägers nur die Hälfte des M'schen Nachlasses umfasse und daß die zweite Hälfte den Pflichttheil des N als Notherbe des Testators darstelle, und ihr als gesetzlichen Alleinerbin des N zugefallen sei. — Das Gericht erster Instanz beschränkte, dieser Einwendung gemäß, das Klagbegehren auf die Hälfte, wogegen das O. L. G. demselben vollständig stattgab.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil.

Gründe: Da nach dem §. 774 a. b. G. B. jede Belastung des Pflichttheils ungiltig ist und, wenn dem Notherben ein größeres Erb-

theil zugedacht wurde, nur auf die seinen Pflichttheil übersteigende Portion bezogen werden darf, so bleibt die Substitution des Klägers auf die Hälfte des M'schen Vermögens beschränkt. Der §. 808 a. b. B. G. so wenig, als eine andere Gesetzesstelle, enthält den Ausspruch, daß der testamentarisch eingesetzte Notherbe, wenn er die Erbschaft aus dem Testamente antritt, für dessen Erfüllung auch mit dem Pflichttheile haftet; er kann vielmehr nach der deutlichen Bestimmung des §. 774 die ganze Erbschaft annehmen und gegen jede Belastung derselben, soweit sie sich auch auf den Pflichttheil bezöge, sich verwahren und alle auf eine solche Belastung gegründeten Ansprüche zurückweisen. Um dieses Recht geltend zu machen, bedurfte es nicht der Ungiltigerklärung oder Umstoßung des M'schen Testamentes im Sinne der §§. 601 und 1487 a. b. G. B.; es entfällt nur eine specielle Verfügung desselben nach dem klaren Ausspruch des Gesetzes und wird die Substitutionsanordnung des Erblassers mit den Gesetzen über das Notherbenrecht in Einklang gebracht. Der Kläger konnte daher auf die im §. 1487 normirte Verjährung des Rechtes, das Testament des M anzufechten oder den Pflichttheil zu fordern, sich nicht berufen, da die Vormundschaft des N die den Pflichttheil übersteigende Erbschaft ex testamento rechtsgiltig angetreten hat und die Beklagte nur die Herausgabe der einen Vermögenshälfte verweigert, die von der Substitution unbelastet blieb, und ihr, als gesetzlichen Alleinerbin des N, zugefallen ist.

Nr. 3013.

Executive Feilbietung eines zur Concursmasse gehörigen Hauses: Anspruch des Erstehers auf die vorausbezahlten Miethzinse?

Entsch. v. 12. März 1868, Nr. 1014 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 25. Juni 1867, Nr. 27811, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 19. Nov. 1867, Nr. 14511). G. Z. 1868, Nr. 44.

A ist der Ersteher eines der Concursmasse B gehörigen Hauses. Nach §. 8 der Feilbietungsbedingnisse sollte der Ersteher mit dem Erstehungstage in den Besitz und Genuß des Hauses treten. Gestützt auf diesen Paragraph klagte A die Concursmasse auf Herausgabe des voraus zahlbaren und daher von der Concursmasse bereits eingehobenen Miethzinses für die Zeit vom 12. Jänner 1866, als dem Erstehungstage, bis zum 1. Februar 1866, als dem nächsten Zinstermin. — Die erste Instanz gab diesem Begehren unter analoger Anwendung des §. 519 a. b. G. B. statt. — Das O. L. G. wies das Klagbegehren zurück aus nachstehenden Gründen: Es ist unbestritten, daß nach §. 8 der Feilbietungsbedingnisse der Kläger mit dem

12. Jänner 1866, als dem Erstehungstage, in den Besitz des fraglichen Hauses einzutreten hatte. Durch diese Besitzeinräumung hat der Kläger zwar das Recht erlangt, von diesem Tage an alle Nutzungen des Hauses, das ist die Miethzinse, zu beziehen. Allein dieses Recht kann sich nach der Vorschrift des §. 330 a. b. G. B. nicht auf jene Früchte des Hauses beziehen, welche schon vor dem Erstehungstage fällig waren und welche von der Concursmasseverwaltung vor diesem Tage schon rechtmäßig bezogen wurden. Die Miethzinse vom 12. Jänner bis 1. Februar 1866, um welche es sich im gegenwärtigen Processe handelt, bestehen aber nach dem Zugeständnisse des Klägers und nach der vom Concursmassevertreter gelegten Rechnung in den Jacobi- und Michaelizinsen pro 1865 und gehören daher in die frühere Zeitperiode, welche bis Februar 1866 reicht, woraus folgt, daß die Concursmasseverwaltung zur Einhebung dieser Zinsungen nach den bestehenden Zinsvorschriften berechtigt war, und daß daher der §. 519 a. b. G. B., nach welchem die Nutzungen nach Maß der Dauer der Fruchtnießung zu theilen sind, hier keine Anwendung findet. Die Rechtmäßigkeit des Bezuges der fraglichen Miethzinse von Seite der Concursmasseverwaltung kann umsoweniger einem Zweifel unterliegen, als es dem Kläger am Erstehungstage bekannt sein mußte, daß er bei dem Ablaufe des früheren Zinstermines bis zum 1. Februar 1866 kein Zinserträgniß von dem Hause zu erwarten habe, und auch von dem Kläger selbst nicht behauptet wird, daß in den Feilbietungsbedingnissen in dieser Beziehung ein Vorbehalt zu Gunsten des Erstehers gemacht wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Erkenntniß aus folgenden Gründen: Das Rechtsverhältniß zwischen dem Kläger und der geklagten Concursmasse ist nicht jenes zwischen Fruchtnießer und Eigenthümer, sondern zwischen Käufer und Verkäufer, und hienach der Rechtsfall zu beurtheilen. Letzterer ist zufolge §. 1061 und 1047 a. b. G. B. nur schuldig, dem Käufer (hier dem Kläger) die Sache in eben dem Zustande, in welchem sie sich bei Schließung des Vertrages befunden hat, der Verabredung gemäß zu übergeben. Nun ist dem Kläger das fragliche Haus am 12. Jänner 1866 verkauft worden. In dieser Zeit war aber mit demselben keine andere Miethnutzung verbunden, als die am 1. Februar 1866 fällig werdenden Miethzinse, und es konnten daher unter dem im §. 8 der Licitationsbedingnisse dem Käufer mit dem Tage der Erstehung des Hauses zugesagten Genusse auch keine anderen Miethzinse zu verstehen sein, als diejenigen, auf welche die Concursmasse als Eigenthümer des Hauses am 12. Jänner 1866 selbst noch ein Recht hatte.

Nr. 3014.

Grundentziehungsstreitigkeiten zwischen ehemaligen Unterthanen und deren Obrigkeit: Unverjährbarkeit der Ansprüche der Unterthanen.

Entsch. v. 12. März 1868, Nr. 1398 (Abänd. des Urth. des L. G. Krakau v. 17. Dec. 1866, Nr. 18520, Best. des Urth. des O. L. G. Krakau vom 23. Juli 1867, Nr. 8925). G. Z. 1869, Nr. 86.

M, Besitzer des herrschaftlichen Gutes zu X, hat im Jahre 1823 eine Rusticalwirthschaft des N an sich gezogen und theils weiter verliehen, theils mit den herrschaftlichen Gründen vereint. A, Erbe des N, belangt nun den B, Besitznachfolger des M, auf Rückstellung der Gründe. — Die erste Instanz wies das Begehren zurück, weil aus den Erhebungen der Administrativbehörde und aus dem Bescheide des Wadowicer Kreisamtes vom 26. Juni 1857 hervorgeht, daß N den Rusticalgrund im Jahre 1823 selbst verlassen hat, der verlassene Grund aber sich seit dieser Zeit, somit durch länger als 30 Jahre, im ungestörten Besitze der Herrschaft und anderer Rusticalisten befindet, wonach das Klagrecht des N nach §. 1478 a. b. G. B. umsomehr erloschen ist, als bei der eigentlichen Verjährung auch die gegen den Vorfahren eingetretene Verjährungszeit in die Zeit der Verjährung eingerechnet wird und die eigentliche Verjährung selbst ohne guten Glauben stattfinden kann (§. 1493 a. b. G. B.).

Die beiden oberen Instanzen verurtheilten den B zur Herausgabe der mit den herrschaftlichen Gründen vereinigten Grundstücke, die dritte aus folgenden Gründen: „Der vorliegende Streit wurde auf der Grundlage ausgetragen, daß zur Zeit des bestandenen Unterthansverhältnisses die in dem Besitze des Vaters des Klägers gewesene Rusticalwirthschaft von der damaligen Grundherrschaft eingezogen wurde. Es handelt sich daher um einen Streit aus dem bestandenen Unterthansverhältnisse zwischen dem gewesenen Unterthan und der ehemaligen Grundherrschaft. In diesem Streite ist die Min.-Vdg. vom 24. October 1860, R. G. Bl. Nr. 249, maßgebend, nach welcher solche Streitigkeiten mit Beachtung der auf das bestandene Unterthansverhältniß Bezug habenden Gesetze und Verordnungen und mit Berücksichtigung der rechtskräftigen politischen Entscheidungen von den Gerichten zu entscheiden sind. Inwieferne nun die fraglichen Gesetze und Verordnungen Ausnahmen von den Bestimmungen des a. b. G. B. zu Gunsten der gewesenen Unterthanen enthalten, müssen sie nach dem klaren Wortlaute der obbezogenen Min.-Vdg. angewendet werden — und es ist die Behauptung des B, daß im Falle der Nichtübereinstimmung der das Unterthansverhältniß betreffenden Gesetze und Verordnungen mit dem a. b. G. B. nur das letztere maßgebend sein sollte, der bezogenen Min.-Vgd. widersprechend. Der Belangte hat

eingestanden, daß die Rustical-Wirthschaft im Besitze des Vaters des Klägers gewesen ist, und in der Behauptung, daß die Herrschaft diese Wirthschaft als Obereigenthümer der Bauerngründe übernahm, liegt das Geständniß, daß dieselbe eine Bauernwirthschaft war; als solche durfte sie auch, wenn es wahr wäre, daß der Besitzer derselben sie im Jahre 1823 verlassen hat, nach dem Patent vom 10. Februar 1789, vom 26. Mai 1789 (Piller'sche G. S. Seite 48 und 118), dem Hofdecr. vom 6. Mai 1785, vom 28. Juni 1798 und vom 10. Oct. 1811 von der Grundherrschaft nicht angeeignet und behalten werden. Die Uebernahme dieser Wirthschaft für die Herrschaft hat der Belangte eingestanden und da dieselbe nach dem Geständnisse des Belangten im Jahre 1820 im bäuerlichen Besitze sich befand, daher nach dem Kreisschreiben vom 25. November 1846, Z. 71881, als ein Rusticalgrund anzusehen ist, welcher nach den obbezogenen Gesetzen von der Herrschaft nicht eingezogen werden durfte; da der Belangte einen anderen Titel des Besitzes, außer der Einziehung des angeblich verlassenen Bauerngutes, der zur Erwerbung nicht geeignet ist, nicht geltend macht; da ferner der Umstand, daß die Herrschaft einen 36 Joch 1337 Quadratklafter betragenden Theil dieser Wirthschaft in ihrem Besitze hat, durch die gepflogene politische Erhebung sichergestellt ist; da endlich die Herrschaft gesteht, daß N der letzte Besitzer der fraglichen Wirthschaft gewesen ist, und der Kläger mit dem Einantwortungsdecrete nachweist, daß das Recht zu dieser Wirthschaft nach seinem Vater an ihn überging, so muß der Belangte zur Rückstellung der Wirthschaft, beziehungsweise des in seinem Besitze befindlichen Theiles derselben verurtheilt werden. Der Anspruch des gewesenen Unterthans auf die gesetzwidrig von der Herrschaft angeeignete Wirthschaft steht demselben gegen die Herrschaft zu ohne Rücksicht, ob die Person des Herrschaftsbesitzers sich geändert hat oder nicht — deshalb kann auf die Einwendung des Belangten, daß die Vereinigung dieser Wirthschaft nicht durch ihn, sondern durch seinen Vorgänger erfolgte und er mit diesem Grunde das Gut an sich brachte, kein Gewicht gelegt werden. Nach den Bestimmungen des Patentes vom 18. April 1784, J. G. S. Nr. 279, des Hofdecr. vom 21. Sept. 1797, Nr. 32299, und der Gubernialverordnung vom 21. April 1826, Nr. 8837, können die den gewesenen Unterthanen gegen die Herrschaft als solche, ohne Rücksicht auf die Person des Besitzers zugestandenen Rechte durch Verjährung nicht erlöschen und es kann sich sonach der Belangte auf die Ersitzung nicht berufen. Auch die in der Min.-Vdg. vom 28. Juli 1856, R. G. Bl. Nr. 141, enthaltene Frist zur Anmeldung der Unterthansforderungen findet nach §§. 18 und 25 dieser Vorschrift auf Klagen wegen Grundentziehung keine Anwendung."

Nr. 3015.

Executives Pfandrecht mit der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B.

Entsch. v. 17. März 1868, Nr. 2384 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Mährisch-Neustadt v. 2. Oct. 1867, Nr. 5175 und des O. L. G. Brünn v. 11. Dec. 1867, Nr. 13491). G. H. 1868, S. 235.

Nachdem A gegen seinen Schuldner B die Pfandrechtspränotation auf eine demselben erbsweise angefallene Liegenschaft im Sinne und mit der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B. erwirkt hatte, wurde ihm für seine durch Urtheil liquidirte Forderung das executive Pfandrecht an der Realität bewilligt, dessen Eintragung juxta der Pränotation vollzogen und sodann auch die executive Schätzung angeordnet und vorgenommen. Sein weiteres Begehren um die Feilbietung wurde aber von beiden Untergerichten abgewiesen, weil — nach den Motiven der zweiten Instanz — der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B., mit welcher A die Pränotation erwirkt hat, auch die juxta derselben bewilligte und vollzogene Intabulation des executiven Pfandrechtes unterliegt, unter diesen Umständen aber, da der citirte Paragraph dem Gläubiger des Erben nur eine Sicherstellung gewährt, von der exutiven Feilbietung der noch auf den Namen des Erblassers im Grundbuche angeschriebenen Realität keine Rede sein kann.

Den dagegen ergriffenen Recurs, worin A den §. 6 der Ministerialverordnung vom 19. September 1860, R. G. Bl. Nr. 212, (wonach bei dem im Grundbuche ersichtlichen executiven Pfandrecht die Execution gegen jeden Besitzer fortgesetzt werden kann) und die bereits vollzogene Schätzung geltend machte, hat der oberste Gerichtshof verworfen. Gründe: Da dem A das executive Pfandrecht nur per juxta der erwirkten Pränotation bewilligt worden ist, so versteht sich die Aufrechthaltung der der Pränotation beigesetzten Clausel des §. 822 a. b. G. B. bis zur ausdrücklichen Aufhebung der Clausel von selbst. Der Recurrent wird daher auf die Gründe der obergerichtlichen Entscheidung mit dem Beisatz verwiesen, daß der im §. 6 der Ministerialverordnung vom 19. September 1860, R. G. Bl. Nr. 212, vorausgesetzte Fall hier nicht vorliegt und aus der Bewilligung und Vornahme der executiven Schätzung der Realität nicht folgt, daß auch die executive Feilbietung derselben jedenfalls bewilligt werden muß.

Nr. 3016.

Unbedingtes Recht des Miteigenthümers, die Feilbietung der gemeinschaftlichen Sache zu fordern; Formulirung des Klagbegehrens.

Entsch. v. 18. März 1868, Nr. 1522 (Best. des Urth. des B. G. Hernals v. 22. August 1867, Nr. 13430, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 17. Dec. 1867, Nr. 19943). G. H. 1868, S. 355.

Der Klage des A wider seine Ehefrau B pto. gerichtlicher Feilbietung der beiden Parteien gemeinschaftlichen zwei Häuser Nr. 461 in Ottakring und Theilung des Kaufschillings wurde vom obersten Gerichtshofe aus den folgenden Gründen stattgegeben: Es ist im Proceß zugestanden, daß die Häuser sich nicht materiell in zwei Theile absondern lassen. Die Beklagte hat aber dem Klagbegehren 1. die Möglichkeit der Veräußerung des ideellen Antheiles des Klägers an denselben und 2. die Möglichkeit der physischen Theilung durch Zuweisung je eines Hauses und Ausgleichung der Werthe durch Geld entgegengesetzt. Ad 1. Diese Möglichkeit ist zwar in der Regel vorhanden; allein das Gesetz zwingt nicht den Theilnehmer, der aus der Gemeinschaft treten will, davon Gebrauch zu machen, sondern räumt ihm im §. 843 a. b. G. B. unbedingt das Recht ein, die gerichtliche Feilbietung der ganzen gemeinschaftlichen Sache und die Theilung des Erlöses zu fordern. Ad 2. Diese Art der Theilung hat der Kläger abgelehnt und er kann nach §. 841 a. b. G. B. nicht gezwungen werden, das eine oder das andere der Häuser mit einer Geldaufgabe oder gegen eine solche, deren Höhe erst wieder zu ermitteln wäre (und von der Beklagten nicht einmal annäherungsweise bezeichnet wurde), nach einer seine Wahl umgehenden Bestimmung anzunehmen; und wenn im Sinne der Schlußbestimmung des §. 841 es auf die richterliche Entscheidung über die Art der Theilung ankommt, so zeigt sich eben die gerichtliche Feilbietung als die geeignetste Theilungsart, weil dabei jeder von den Genossen mit den Geldmitteln, die ihm der Werth beider Haushälften und sein sonstiges Vermögen bieten können, jenes Haus, dessen Alleinbesitz er vorzieht, zu erstehen in der Lage ist und weil durch die Feilbietung eben auch der gerechteste Maßstab zur Werthausgleichung beider Häuser gefunden wird. Der in den Gründen des O. L. G. von Amtswegen hervorgehobene Mangel der Angabe des Ausrufspreises und der übrigen Versteigerungsbedingnisse in dem Klagpetit bildet keinen Grund zu dessen Abweisung, weil der Kläger vorerst die gerichtliche Entscheidung über das gegnerischerseits ihm bestrittene Recht, den gerichtlichen Verkauf zu verlangen, hervorgerufen hatte und die näheren Ausführungsbestimmungen einer späteren Entscheidung, und zwar in gewisser Richtung nicht im Proceß, sondern im Executionsverfahren vorbehalten bleiben konnten und beziehungsweise mußten.

Nr. 3017.

Pränotationsanspruch des Notherben zur Sicherstellung des Pflichttheiles.

Entsch. v. 18. März 1868, Nr. 2537 (Best. des das Decr. des B. G. Sechshaus v. 21. Nov. 1867, Nr. 23987, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 4. Februar 1868, Nr. 2172.) G. Z. 1869, Nr. 15.

Nr. 3018.

Verhältniß der executiven Feilbietung zu der von einem Anderen erwirkten executiven Sequestration. Zuckervorräthe in einer Zuckerfabrik als fundus instructus?

Entsch. v. 18. März 1868, Nr. 2569 (Best. der Decr. des H. G. Prag v. 26. März und 8. April 1867, Nr. 19285 und 21488, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 18. Nov. 1867, Nr. 32922). G. Z. 1869, Nr. 10.

Ein Gesuch des A um executive Pfändung u. s. w. der in der Zuckerfabrik des B befindlichen Zuckervorräthe und Rohmaterialien ward in der zweiten Instanz in Folge Recurses des auf Betreiben eines anderen Gläubigers C bestellten Sequesters in der Erwägung abgewiesen, daß die in der genannten Zuckerfabrik vorgefundenen Zuckervorräthe und Rohmaterialien, insoweit sie zum fundus instructus der Zuckerfabrik gehören, nach dem Hofdecrete vom 7. April 1826, J. G. S. Nr. 2178, der Mobiliarpfändung nicht unterliegen, und daß, insoweit diese Zuckervorräthe und Rohmaterialien sich als Nutzungen der Zuckerfabrik darstellen, dieselben der Mobiliarpfändung aus dem Grunde nicht unterzogen werden können, weil C schon früher die executive Sequestration der B'schen Zuckerfabrik erwirkt hatte, zur Zeit der angesuchten und bewilligten Mobiliarpfändung die gedachte Sequestration sich in Wirksamkeit befand, und daher demnächst nur der bestellte Sequester über die Nutzungen dieser Fabrik zu verfügen berechtigt war.

Der oberste Gerichtshof hat die erstrichterliche Pfändungsbewilligung und Vollzugsbescheide — jedoch unter Abweisung des Begehrens wegen Sperre und Transferirung der Vorräthe — aufrecht erhalten, „weil die von einem Gläubiger erwirkte Sequestration der Nutzungen einer Sache einem dritten Gläubiger nicht hinderlich sein kann, auf diese Nutzungen gleichfalls ein Pfandrecht zu erwirken. Da jedoch der bereits sequestrirende Gläubiger durch eine nachfolgende Execution in seinem erworbenen Rechte nicht beirrt werden darf, was bei einer engen Sperre und Transferirung der gepfändeten Zuckervorräthe offenbar der Fall wäre, da ferner der Sequester bezüglich

der von ihm sequestrirten Fabrik ordnungsmäßig Rechnung zu legen hat, der Recurrent daher durch die Belassung der gepfändeten Zuckervorräthe in der Verwahrung des Sequesters nicht gefährdet erscheint, ist Sperre und Transferirung unzulässig".

Nr. 3019.

Mehrmalige Mobiliarpfändung: Vorzug des älteren Pfandrechtes.

Entsch. v. 24. März 1868, Nr. 1115 (Best. des Decr. des L. G. Brünn v. 4. Oct. 1867, Nr. 13444, Abänd. des Decr. des O. L. G. Brünn vom 3. Dec. 1867, Nr. 12914). G. H. 1868, S. 241.

Nachdem auf Einschreiten des A bei seinem Schuldner C die executive Mobilienpfändung vollzogen worden war, wurden die nämlichen in der Wohnung des C gebliebenen Mobilien von seinem Gläubiger B gepfändet und dem B übergeben. Auf den Antrag des Letzteren kam es zur executiven Versteigerung der Sachen und bei der Vertheilung des Erlöses ergab sich die Collision der Ansprüche beider Pfandgläubiger. Das Gericht erster Instanz entschied zu Gunsten des älteren Pfandgläubigers A, indem es ihm unter Verweisung des B auf den Rechtsweg das Kaufgeld zuwies. Das O. L. G. entschied im umgekehrten Sinne aus folgenden Gründen: A hat die von ihm gepfändeten Mobilien im Besitze des C gelassen; sind daher als ein demselben anvertrautes Gut anzusehen (§. 183 St. G.). Da nun B, welchem diese Sachen gelegentlich seiner Pfändung als Handpfand übergeben wurden, hiemit das Pfandrecht und den Besitz an denselben von einer Person erworben hat, der sie von einem Dritten anvertraut worden waren, so könnte dieser Dritte, A, selbst wenn er der Eigenthümer der Sachen wäre, sie nach den §§. 367 und 456 a. b. G. B. nicht mehr zurückfordern und müßte entweder den redlichen Pfandinhaber B schadlos halten oder das Pfand fahren lassen. Nach der Analogie dieser Vorschriften muß also A, der auch nur Pfandgläubiger ist, dem B trotz des früheren Erwerbes des Pfandrechtes nachstehen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung wegen des Altersvorzuges des Pfandrechtes des A und in Erwägung, daß der §. 367 a. b. G. B. hier, wo es sich um die Reihenfolge gerichtlicher Pfandrechte handelt, nicht anwendbar ist, da er von der Vindication des Eigenthums spricht und auch der §. 456 a. b. G. B. nur von einer fremden beweglichen Sache handelt, die ohne Einwilligung ihres Eigenthümers verpfändet wurde.

Nr. 3020.

Unzulässigkeit der Annahme einer nur auf den Nachweis der Abstammung aus einer ungiltigen Ehe gestützten Fideicommiß-erbserklärung.

Entscheidungen v. 24. März 1868: Nr. 1871 (Best. des Decr. des L. G. Wien v. 28. Dec. 1867, Nr. 69060, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 14. Jänner 1868, Nr. 870). Nr. 1872 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 7. Jänner 1868, Nr. 68286 und des O. L. G. Wien v. 4. Februar 1868, Nr. 1846). Nr. 2091 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 14. Jänner 1868, Nr. 1752 und des O. L. G. Wien v. 4. Februar 1868, Nr. 1847). G. Z. 1868, Nr. 33.

Nach dem Tode des letzten Besitzers der im Jahre 1668 gestifteten M'schen Primogenitur- und Majorat-Fideicommisse wurde von A, dem Gliede einer jüngeren Linie, zu diesem Fideicommisse die Erbserklärung eingebracht und angenommen, mit späterem Bescheide das unmittelbare und nächste Erbfolgerecht des A anerkannt und ihm die Besorgung und Benützung dieser Fideicommisse überlassen. Inzwischen brachte auch B eine Erbserklärung zu diesen Fideicommissen ein, worin er nachwies, daß er erstgeborener Sohn des vorverstorbenen einzigen Bruders des kinderlos verstorbenen letzten Besitzers M, somit nächster Anwärter sei. Diese zunächst wegen eines Formalanstandes zurückgewiesene Erbserklärung wurde nach Behebung des Anstandes angenommen und, da diese Erbserklärung des B mit jener des A im Widerspruche stand, nach §. 125 des Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, Tagsatzung zur Verhandlung über die Frage, wer als Kläger aufzutreten habe, angeordnet. B suchte auch um die Sequestration der M'schen Fideicommisse an; dieselbe wurde in Gemäßheit des §. 127 des citirten Patentes bewilligt und zugleich verfügt, daß es von der angeordneten Besitzeinführung des A in die Fideicommißherrschaft X sein Abkommen erhalte. B hatte überdies bereits am 4. Jänner gegen den diese Besitzeinräumung verfügenden Bescheid einen Recurs eingebracht, welchem das O. L. G. stattgab, indem es die sofortige Sistirung der Besitzeinführung des A in der Erwägung verfügte, daß zu dem M'schen Fideicommisse außer A auch B sich erbserklärt hat, des Letzteren Erbserklärung angenommen und das Verfahren nach §. 125 des Patentes vom 9. August 1854 eingeleitet wurde; daß daher nach deutlicher Anordnung des §. 127 des angeführten Gesetzes, insolange als diese Verhandlung und eventuell der sich ergebende Successionsstreit nicht entschieden ist, mit der Verlassenschaftsabhandlung und folglich auch mit einem dieser Verhandlung und dem allfälligen Successionsstreite präjudicirenden Ausspruche über den Erbrechtsausweis innegehalten werden muß. Das O. L. G. wies ferner die beiden, von A sowohl gegen die aufrechte Erledigung der Erbserklärung des B als auch gegen die Sequestrationsbewilligung

ergriffenen Recurse zurück, und zwar ersteren Recurs in der Erwägung, daß nach dem §. 122 des obcitirten Gesetzes jede in der vorgeschriebenen Form ausgestellte Erbserklärung von dem Gerichte anzunehmen ist, daß Behelfe nachgetragen werden können, daß aber im vorliegenden Falle die Erbserklärung des B die vorgeschriebene Form allerdings besitzt und daß über die Frage, ob der geltend gemachte Erbrechtstitel zu Recht bestehe, nicht schon von Amtswegen entschieden werden konnte, und den zweiten Recurs mit Rücksicht auf die Erledigung des ersten Recurses und jene des oben erwähnten Recurses des B gegen die Besitzeinräumung an A und in der Erwägung, daß die angefochtene Verfügung (Sequestration) in der Vorschrift des §. 127 des Gesetzes vom 9. August 1854 gegründet und der Fall, daß der Recurrent die Verwaltung des Nachlasses vom Gerichte bereits erhalten hat, nicht vorhanden ist. A recurrirte nun gegen alle drei oberlandesgerichtlichen Entscheidungen.

Der oberste Gerichtshof hat allen Recursen vollständig stattgegeben. Die gänzliche Zurückweisung der von B eingebrachten Erbserklärung wurde vom obersten Gerichtshofe, wie folgt, begründet: Nach §. 121 des Gesetzes vom 9. August 1854 ist zur Antretung jeder Erbschaft eine mit den Erfordernissen der §§. 799 und 800 des a. b. G. B. versehene Erbserklärung beizubringen. Wenn nun auch davon abgesehen wird, daß die Erbserklärung des B, obwohl sie die im §. 800 des a. b. G. B. geforderte Angabe nicht enthält, vom Gerichte erster Instanz als eine bedingte angenommen worden ist, so gebricht es ihr doch an dem Nachweise des Rechtstitels zur Fideicommißnachfolge, und zwar in einer Art, daß es sich nicht etwa nur um eine im Sinne des §. 122 des citirten Patentes gestattete Nachtragung von Behelfen über die Erbsberechtigung, sondern vielmehr darum handelt, daß die Grundlage des Rechtsanspruches, welcher geltend gemacht werden will, erst durch ein nur im Wege des ordentlichen Rechtsverfahrens erreichbares Erkenntniß geschaffen werden müßte und mithin der Rechtstitel zur Fideicommißnachfolge auch erst mittelst eines solchen, im Rechtswege erwirkten, rechtskräftigen Erkenntnisses nachgewiesen werden könnte. B hat nämlich seine Erbserklärung zwar auf das M'sche Fideicommißinstitut, nach welchem die Erbfolge secundum ordinum primogeniturae platzzugreifen hat, und auf seine Erstgeburt in der von seinem Vater mit der N geschlossenen Ehe gestützt. Allein es liegt vor und war der Fideicommißbehörde auch schon bei Erledigung dieser Erbserklärung vorgelegen, daß eben diese Ehe rechtskräftig durch Urtheil dreier competenter Gerichtsinstanzen aus dem Grunde, weil zur Zeit ihrer Eingehung der erste Gemahl der N noch am Leben und von dieser seiner Gattin nur von Tisch und Bett nach §. 103 a. b. G. B. geschieden war, als im österreichischen Staatsgebiete ungiltig erklärt worden ist. Da nun nach dem hier maßgebenden österreichischen Gesetze wie nicht minder

nach dem Fideicommißinstitute die eheliche Abstammung aus der berufenen Familie zur Fideicommißnachfolge erforderlich ist; da nach österreichischem Gesetze Kinder aus einer ungiltigen Ehe nur unter gewissen, im Gesetze ausdrücklich bezeichneten Voraussetzungen als eheliche anzusehen und, selbst wenn diese Begünstigung eintritt, von der Erlangung desjenigen Vermögens, welches durch Familienanordnungen der ehelichen Abstammung besonders vorbehalten ist, ausgeschlossen sind; da somit der Nachweis der Abstammung des B aus der besagten Ehe als ein Ausweis des Rechtstitels zur Fideicommißnachfolge nicht angenommen werden kann, vielmehr B, was nur im ordentlichen Rechtswege geschehen könnte, erst ein Erkenntniß darüber erwirken müßte, daß durch die Ungiltigkeitserklärung der Ehe seiner Eltern sein Nachfolgerecht nicht beeinträchtigt worden sei; da weiters die Fideicommißbehörde kraft ihres Berufes darüber zu wachen hat, daß Niemand gegen den Willen des Stifters und gegen das Gesetz zum Fideicommiß gelange, und daher unzweifelhaft als berechtigt angesehen werden muß, eine Erbserklärung, mittelst welcher das Recht zur Nachfolge nicht nachgewiesen werden kann, von Amtswegen zurückzuweisen, da der §. 122 des Patentes vom 9. August 1854, nach welchem jede in der vorgeschriebenen Form ausgestellte Erbserklärung zu Gericht anzunehmen ist, auf eine der Erfordernisse des §. 121 desselben Gesetzes und resp. der inneren Erfordernisse der §§. 799 und 800 des a. b. G. B. ermangelnde Erbserklärung nicht ausgedehnt werden kann; da endlich das im §. 125 des Gesetzes vom 9. August 1854 vorgezeichnete Verfahren in dem Falle, wo eine Erbserklärung wegen des mangelnden Rechtstitels zurückgewiesen wird, nicht einzutreten hat, können die gleichförmigen untergerichtlichen Erledigungen als im Gesetze begründet nicht erkannt werden. Die oberstgerichtliche Abweisung des Sequestrationsgesuches des B erfolgte mit Rücksichtnahme auf die oberstgerichtliche Zurückweisung seiner Erbserklärung, wonach von B das Begehren um Sequestration nur mehr unter den Bedingungen der a. G. O. gestellt werden könnte. Die oberstgerichtliche Aufrechthaltung der Besitzeinführung des A gründete sich auf die beiden anderen Recursentscheidungen des obersten Gerichtshofes.

Nr. 3021.

Unzulässigkeit des Anspruches der nur factisch geschiedenen Gattin auf Alimente.

Entsch. v. 24. März 1868, Nr. 2750 (Best. des das Decr. des K. G. Neutitschein v. 17. Dec. 1867, Nr. 5496, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 21. Jänner 1868, Nr. 501). G. H. 1868, S. 282.

Die A, von ihrem Gatten B seit Jahren factisch getrennt, begehrte bei Gericht die Festsetzung der bis zur Entscheidung über ihre

Klage wegen Leistung des definitiven Unterhaltes von B ihr provisorisch zu entrichtenden Alimente. Aus der über dieses Gesuch stattgefundenen Verhandlung ergab sich, daß B gelegentlich seiner Uebersetzung die A mit den Kindern in dem früheren Wohnorte zurückgelassen hat. Er setzte ihrem Anspruche auf den provisorischen Unterhalt die Behauptung entgegen, daß das eheliche Zerwürfniß durch ihre Schuld, durch ihr unsittliches Leben herbeigeführt wurde, und erklärte, daß er sich nicht scheiden lassen wolle, sondern ihre Rückkehr in sein Haus verlange. Daß er sie hiezu bereits aufgefordert und die A diese Aufforderung unbefolgt gelassen hat, erhellt nicht aus der Verhandlung. — Das Gericht erster Instanz bewilligte das Gesuch der A mit Bestimmung eines monatlich zu zahlenden Alimentationsbetrages. — Vom O. L. G. wurde die A ohne Weiteres abgewiesen.

In Erwägung, daß weder nach den §§. 91 und 93 a. b. G. B. eine Verpflichtung des B zur Leistung eines Unterhaltes an die A besteht, noch diese Verpflichtung aus den §§. 108 und 117 ebendort hervorgeht, da die gesetzlichen Erfordernisse hiezu fehlen, und daß die A das Bestehen eines Vertrages auf unbedingte Leistung des Unterhaltes (angeblich 200 fl. für das Jahr), worauf sie in dem Revisionsrecurse ihren Anspruch gründete, nicht nachgewiesen hat, welcher Vertrag in dem vorliegenden Falle der freiwilligen Trennung erforderlich wäre, weil dieselbe einen gesetzlichen Anspruch der A auf den Unterhalt nicht begründet — hat der oberste Gerichtshof die Entscheidung der zweiten Instanz bestätigt.

Nr. 3022.

Telegraphische Recursanmeldung.

Entsch. v. 24. März 1868, Nr. 2861 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Wien v. 4. Februar 1868, Nr. 2239). G. Z. 1868, Nr. 45.

Gegen den am 19. Jänner dem A zugestellten Bescheid, womit das Gericht erster Instanz dessen Begehren um Ertheilung eines wechselgerichtlichen Zahlungsauftrages an B abwies, traf bei dem Gerichte am 22. Jänner die telegraphische Recursanmeldung des A ein, welcher am 23. Jänner 1868 das diesfällige belegte Einschreiten folgte. — Das O. L. G. wies den Recurs zurück. Denn, so lautete die Begründung, damit ein Recurs als ordnungsmäßig angemeldet erscheine, muß er von der Partei oder ihrem Vertreter selbst gefertigt und mit den erforderlichen Beilagen, namentlich der Erledigung, gegen welche er gerichtet ist, versehen sein (Hofdcr. vom 15. Jänner 1787, Nr. 621, lit. a der J. G. S.), was bei der am 22. Jänner im telegraphischen Wege erfolgten Einbringung der diesfälligen Recursanmeldung nicht geschah. Die mit Beziehung auf diese telegraphische

Recursanmeldung am 23. Jänner eingelangte belegte Eingabe ist bei dem Umstande, daß der in Beschwerde gezogene erstrichterliche Bescheid dem Vertreter des Recurrenten bereits am 19. Jänner zugestellt worden war, erst nach Ablauf der nach §. 12 lit. d der Justizministerialverordnung vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52, für das Verfahren in Wechselsachen vorgeschriebenen dreitägigen Recursfrist an die erste Instanz gelangt und ist demnach, da die ordnungswidrige Recursanmeldung nicht als ein rechtzeitig eingebrachter Recurs betrachtet werden kann, im Sine des §. 48 des Hofdcr. vom 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906, dann des §. 3 der Justizministerialverordnung vom 28. August 1860, R. G. Bl. Nr. 205, als offenbar verspätet von Amtswegen zu verwerfen. Daher war auch in den Inhalt der Recursanmeldung nicht weiter einzugehen.

Der oberste Gerichtshof trug jedoch dem O. L. G. auf, mit der Erledigung der Beschwerde des Klägers in der Hauptsache vorzugehen, weil die Anmeldung des Recurses noch am letzten Tage der dazu bestimmten Frist beim K. G. Ried im telegraphischen Wege und am folgenden Tage bereits unter Fertigung des Rechtsfreundes des Klägers die dazu gehörigen Beilagen einlangten, somit ein etwaiger Zweifel, ob die Recursanmeldung vom Kläger herrühre, beseitigt ist.

Nr. 3023.

Tod eines Miteigenthümers. Umfang der Rechte des Separationscurators.

Entsch. v. 26. März 1868, Nr. 1012 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 2. April 1867, Nr. 8263, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 17. Juli 1867, Nr. 11242). G. Z. 1868, Nr. 64.

An der Gewähr eines Hauses in Wien steht die A zur Hälfte als Eigenthümerin geschrieben mit der Beschränkung durch das dem zur anderen Hälfte an die Gewähr geschriebenen M gebührende lebenslängliche Fruchtgenußrecht. Nach dem Tode des M wurde auf Ansuchen der als Verlassenschaftsgläubigerin auftretenden A ein Separationscurator bestellt, welcher in dieser Eigenschaft gemeinschaftlich mit der A die Witwe des Erblassers M, welche dessen Wohnung im erwähnten Hause über den Zeitraum von sechs Wochen hinaus unentgeltlich weiter benützte, auf Räumung der Wohnung binnen 14 Tagen bei sonstiger Execution belangte. Die Geklagte wendete ein, es stehe ihr als ausgewiesener, gerichtlich anerkannter Erbin des M nach §. 547 a. b. G. B. die Repräsentation der Verlassenschaft ihres verstorbenen Gatten zu, wonach sie, wenn auch der Fruchtgenuß an der einen Haushälfte erloschen sei, doch als Miteigenthümerin die Wohnung benützen und keineswegs zu deren Räumung, höchstens zur

Zahlung eines entsprechenden Miethzinses angehalten werden könne; sie bestritt weiters die Klaglegitimation des Separationscurators, der nur für die Sicherheit und Verwaltung des Verlassenschaftsvermögens, nicht aber für dessen Vermehrung, die Veränderung der Bewirthschaftung und Benützung der Sache zu sorgen habe; sie machte geltend, daß bei obwaltendem Streite über die allen Theilhabern einer gemeinschaftlichen Sache insgesammt zustehende Benützung und Verwaltung nach §. 833 a. b. G. B. die Stimmenmehrheit, und daß bei einem Streite über eine wichtige Veränderung das Los und ein Schiedsmann, und erst in letzter Linie der Richter entscheide; sie rügte überdies die Art der Kündigung, die offenbar zur Unzeit geschehen sei und sowohl mit §§. 830, 835 a. b. G. B., als auch mit der k. Verordnung vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213, und dem diesbezüglichen oberlandesgerichtlichen Erlasse vom 13. September 1859, L. G. Bl. für Niederösterreich, 2. Abtheilung Nr. 11, in Widerspruch stehe. — Das Gericht erster Instanz gab dem Klagbegehren statt mit der Begründung, daß mit den Obliegenheiten des Separationscurators, welchem die Repräsentation der Verlassenschaft und die Verwaltung des Verlassenschaftsvermögens zukomme, die Repräsentation durch den Erben im Widerspruch stehe, daß die im Zwecke der Separation gelegene Befriedigung der Gläubiger nicht erreicht werden könnte, wenn es dem Erben freistünde, das Verlassenschaftsvermögen zu benützen und dadurch die Nutzungen, welche gleich dem Vermögen selbst der Sicherstellung und Befriedigung der Gläubiger gewidmet sind, diesem Zwecke zu entziehen; Klägerin verlange nicht die Aufhebung der Gemeinschaft, sondern nur, daß die Nutzungen des Hauses nicht zu ihrem und der übrigen Gläubiger Schaden ihrer Bestimmung entgegen von der Geklagten bezogen werden, was aber geschähe, wenn ein Theil des Hauses von derselben ohne Entgelt benützt werde; es handle sich endlich hier nicht um eine Kündigung, sondern um Räumung einer ohne Rechtstitel eingenommenen Wohnung. — Vom O. L. G. wurde das Klagbegehren abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Die Geklagte stellt in Rücksicht der angetretenen Erbschaft nach §. 547 a. b. G. B. den Erben vor und ist in Beziehung auf Dritte mit ihm für eine Person zu halten, sie ist daher auch an dessen Stelle bezüglich des erwähnten Hauses zur klagenden Miteigenthümerin in das Verhältniß der Gemeinschaft getreten, ohne daß durch diesen Personenwechsel in den durch die Gemeinschaft des Eigenthumes begründeten Rechtsbeziehungen eine Aenderung eingetreten ist, und kann deshalb durch die klagende Miteigenthümerin ebensowenig von der durch Bewohnung eines Theiles des Hauses ausgeübten Benützung ihres Antheiles ausgeschlossen werden, als Letztere dem Erblasser gegenüber hiezu berechtigt war, auch wenn ihm der Fruchtgenuß nur von seiner Haushälfte zugestanden hätte; denn nach

§. 833 a. b. G. B. kommt der Besitz und die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache allen Theilhabern insgesammt zu; nach §. 839 a. b. G. B. werden die gemeinschaftlichen Nutzungen nach Verhältniß der Antheile bemessen, und ordentlicherweise sind die Nutzungen in natura zu theilen. Nach den §§. 828, 829 a. b. G. B. aber würde sich nur ergeben, daß die in ihrem Nutzungsrechte beeinträchtigte Miteigenthümerin (Klägerin) die dem Verhältnisse der Antheile entsprechende Beschränkung der gegentheiligen Benützung oder für den Nutzentgang eine entsprechende Vergütung fordern könnte. Hienach nun kann das hierauf nicht gerichtete Klagbegehren aus dem Rechtsgrunde des Miteigenthumes nicht abgeleitet werden. Hieran ändert auch nichts die eingeleitete Separation des Verlassenschaftsvermögens. Denn wenn es auch der Zweck dieser im §. 812 a. b. G. B. begründeten Verfügung erforderte, daß nicht blos das Verlassenschafts-Stammvermögen von dem Vermögen der Erbin getrennt, sondern die Vermengung der Nutzungen des ersteren mit letzterem hintangehalten und mithin der Erbin die Benützung und Verwaltung des Verlaßvermögens entzogen werde, so kann doch der bestellte Curator der Erbin gegenüber nur zu jenen Maßnahmen berechtigt anerkannt werden, welche jener Zweck wirklich erheischt; die Fortsetzung der Benützung einzelner Wohnungsbestandtheile aber ist mit dem Zwecke und der Durchführung der Separation keineswegs unvereinbar, der vielmehr auch durch ein entsprechendes Entgelt erreicht werden kann. Darum kann das vom Curator gestellte Begehren auf Räumung der Wohnung nicht als im Rechte begründet erkannt werden.

Nr. 3024.

Verhältniß der Real- zur Personalinstanz: Competenz für Klagen über den Bestand des Pfandrechtes an einem Grundentlastungscapital.

Entsch. v. 26. März 1868, Nr. 2254 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Czernowitz v. 14. Oct. 1867, Nr. 18574 und des O. L. G. Lemberg v. 11. Dec. 1867, Nr. 42129). G. H. 1868, S. 205.

Bei der Verhandlung über die Zuweisung eines Urbarialentschädigungscapitals war A mit dem Anspruche auf dessen Zuweisung vom Richter im Recurswege ab- und angewiesen worden, gegen einen Hypothekargläubiger des betreffenden Gutes, welcher das Pfandrecht auch an dem Entschädigungscapitale geltend machte, auf dem ordentlichen Rechtswege das unbelastete Eigenthum an dem Capitale auszuführen. Er belangte nun denselben bei dessen Personalgericht und es entstand, in Folge der Einwendung des Beklagten, die Frage nach der Gerichtscompetenz, welche in allen Instanzen dahin entschieden

wurde, daß die Rechtssache vor das Realgericht gehöre. Gründe der dritten Instanz: Das in Rede stehende Grundentlastungscapital ist noch nicht aus dem Stadium der Zuweisung getreten, weshalb die Streitsache als einen der Realgerichtsbarkeit unterworfenen Gegenstand betreffend, nach den klaren Bestimmungen des Patentes vom 25. September 1850, R. G. Bl. Nr. 374, und des §. 1 des Patentes vom 8. November 1853, R. G. Bl. Nr. 237, vor das Realgericht gehört, zumal das Grundentlastungscapital, wenngleich von Grund und Boden getrennt, noch immer einen Bestandtheil des Gutes in der Richtung bildet, das es als ein mit dem Gute zur Befriedigung der Hypothekargläubiger dienender Fonds anzusehen ist, weshalb eben der von A belangte Pfandgläubiger in der Zuweisungsverhandlung das unbelastete Eigenthum des A an demselben bestritten hat.

Nr. 3025.

Meistgebotsvertheilung: Grundbücherlich unersichtliche Solidarität der Schuld der Miteigenthümer.

Entsch. v. 26. März 1868, Nr. 2473 (Best. des Decr. des B. G. Nepomuk v. 19. Sept. 1867, Nr. 2996, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 9. Dec. 1867, Nr. 32586). G. Z. 1869, Nr. 15.

A hatte die executive Einverleibung einer Solidarschuld der Eheleute B und C auf deren gemeinsames Gut erwirkt, ohne daß der Einverleibungsbescheid der Solidareigenschaft Erwähnung that. — Bei der Meistgebotsvertheilung verwies die erste Instanz je eine Hälfte der Forderungen auf je eine Hälfte des Grundstückes, wodurch der auf die Hälfte des B verwiesene Theil der Forderung leer ausging. — Die zweite Instanz verwies dagegen die ganze Forderung auf die Haushälfte der C, wo sie zum Nachtheile nachfolgender Gläubiger zur Befriedigung gelangt wäre.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Erledigung der ersten Instanz, „weil bei Vertheilung des Kaufschillings für eine im Executionswege veräußerte Realität vorzugsweise der Tabularstand der Pfandrechte maßgebend ist, nach Ausweis des Grundbuchsauszuges aber eine Solidarverpflichtung der Eheleute und ihres gemeinschaftlichen Besitzstandes für die Forderung des A nicht ersichtlich war und auch nicht bücherlich intabulirt wurde, daher eine Verweisung der auf der Besitzhälfte des B leer ausgehenden Hälfte der Forderung des A und Zuweisung der ganzen Forderung sammt Nebengebühren auf den Antheil der C um so minder gerechtfertigt erscheint, da auch der Zahlungsauftrag, auf dessen Grund das Pfandrecht erwirkt wurde, eine Solidarverpflichtung der Eheleute für die in Rede stehende Forderung nicht ausdrückt".

Nr. 3026.

Verjährung einer Forderung, an der ein Fruchtgenuß bestellt ist. Beweislast.

Entsch. v. 27. März 1868, Nr. 1842 (Best. des Urth. des B. G. Rimburg v. 5. Juli 1867, Nr. 3391, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 19. Nov. 1867, Nr. 30409). G. Z. 1868, Nr. 45.

Auf der Realität des A haftete eine Darlehensforderung von 2000 fl. seit 8. Juni 1799 für die M. A bat um Edictalvorladung der allfälligen Eigenthümer der Forderung, und nachdem sich während des Edictaltermines die B als solche gemeldet hatte, überreichte er gegen sie im Jänner 1866 die Klage auf Löschung der 2000 fl. als einer längst verjährten Post. Die B entgegnete, daß die Forderung der M blos zum lebenslangen Fruchtgenusse, ihr selbst aber erst nach deren Ableben das Eigenthum derselben eingeantwortet worden sei und widersprach, daß die M schon über 30 Jahre von der Klage zurückgerechnet, gestorben und ihr — der Belangten — Recht auf die 2000 fl. bereits verjährt sei, da es für sie erst zur Zeit des Todes der M geltend gemacht werden konnte, seit welchem aber, wie erwähnt, noch nicht 30 Jahre verstrichen seien. Der Todestag derselben konnte auch nicht annäherungsweise ermittelt werden; doch berief A sich darauf, daß die Zeit von mehr als 60 Jahren, während welcher Niemand sich wegen des Capitales gemeldet habe, zur Verjährung genüge, da ein Recht auf selbes auch bei Lebzeiten der M ausgeübt werden konnte (§. 1478 a. b. G. B.). — Die erste Instanz gab dem Klagbegehren statt, indem sie sich vorzüglich auf die letzte Argumentation des Klägers stützte. — Das O. L. G. verwarf dasselbe. Gründe: Nach §. 1478 a. b. G. B. ist zur Verjährung der Nichtgebrauch eines Rechtes, das an sich schon hätte ausgeübt werden können, durch 30 Jahre erforderlich, daher die Verjährung mit dem Zeitpunkte beginnt, als das Recht hätte geltend gemacht werden können. Kläger, welcher den Ablauf der Verjährungszeit behauptet, hatte demnach den Beginn der Verjährung nachzuweisen. Nachdem die M von dem Capitale per 2000 fl. die Zinsen bis zu ihrem Tode zu genießen berechtigt war und das Capital selbst erst nach ihrem Tode nach vierteljähriger Kündigung — laut Grundbuchsauszuges — gefordert werden konnte, so waren die Kinder der M, für welche das Capital haftet, erst nach dem Ableben der Letzteren in der Lage, von ihrem Rechte Gebrauch zu machen und mit jenem Todestage kann daher erst die Verjährung der Forderung des Capitales zu laufen begonnen haben, nicht aber, wie Kläger vermeint, mit dem Tage der Entstehung der Forderung. Der Kläger hatte daher nachzuweisen, wann die M verstorben ist, was er aber nicht gethan hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil, weil sich die Satzpost als verjährt darstellt. Es stand nämlich nichts entgegen, daß von Demjenigen, dem jeweilig der Fruchtgenuß dieses Capitales gebührte, die Zinsen von dem Hypothekbesitzer begehrt wurden, und ist somit klar, daß dieses Recht an sich auch ausgeübt werden konnte, ohne daß es sich weiter darum handeln kann, ob und wann dieses Recht auf die jetzige Geklagte im Erbrechtswege übergegangen ist. Ist dieses Recht über 30 Jahre nicht ausgeübt worden, so ist es eben durch Verjährung erloschen (§. 1478 a. b. G. B.). Wenn aber auch angenommen werden wollte, daß mit dem Rechte, die Verzinsung des Capitales zu fordern, das Recht auf das Capital selbst als noch nicht erloschen betrachtet werden könnte, so ist doch auch durch nichts erwiesen, daß das Capital bis zu der im Jahre 1864 verfügten Edictalladung jemals aufgekündet oder eingefordert wurde. Bis dahin ist daher auch auf das Capital selbst kein Recht ausgeübt worden. Wenn Kläger nun das aus der Verjährung ihm erwachsene Recht auf Erlöschung und Löschung der Capitalsforderung selbst geltend macht, so hat er, da die Verjährung eben aus der Unterlassung von Rechtshandlungen fließt, außer dem Zeitpunkte der erfolgten Einverleibung des Capitales nichts weiter zu beweisen und die Geklagte hat jene positiven Thatsachen nachzuweisen, aus welchen sie eine Unterbrechung oder eine Hemmung der Verjährung oder einen Grund ableiten will, daß überhaupt eine Verjährung nicht anfangen konnte. Allein einen solchen Ausweis hat sie nicht geliefert. Daraus, daß ihr dieses Capital erst in neuester Zeit eingeantwortet wurde, folgt noch nicht, daß dasselbe nicht schon von einem Vormanne der Geklagten durch Aufkündung und Einklagung geltend gemacht werden konnte. Wenn sie behauptet, daß dieses Recht auf das Capital selbst noch nicht einmal seit 30 Jahren an sich ausgeübt werden konnte, weil die M, nach deren Tode erst dasselbe von dem Hypothekbesitzer gefordert werden konnte, noch nicht so lange todt ist, so wäre ihr eben der Beweis obgelegen, daß die Verjährung aus dem Grunde, weil das Recht, das Capital zu fordern, an sich noch nicht ausgeübt werden konnte, erst in einem späteren Zeitpunkte angefangen habe, seit welchem ihre Vollendung noch nicht möglich war. Dadurch allein, daß die M den lebenslänglichen Fruchtgenuß des Capitales hatte und selbes erst nach ihrem Tode und nach vierteljähriger Kündigung zahlbar war, ist ein Hinderniß gegen die Verjährung noch nicht erwiesen. Dies könnte sich nur aus dem (allfällig spät eingetretenen) Zeitpunkte des Todes der M erproben, welchen eben Derjenige zu beweisen hat, der aus diesem Zeitpunkte sein Recht ableitet, die Verjährung zu bestreiten.

Nr. 3027.

Anspruch einer bereits verehelichten Tochter auf Bestellung eines Heiratsgutes?

Entsch. v. 27. März 1868, Nr. 2759 (Best. des das Decr. des B. G. Lndiß v. 22. Dec. 1867, Nr. 7812, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 28. Jänner 1862, Nr. 1164). G. H. 1868, S. 210.

Das Gesuch der A gegen ihren Vater B, mit dessen Zustimmung sie sich verehelicht hatte, ohne von ihm ein Heiratsgut zu empfangen, obgleich er angeblich hinreichendes Vermögen besitzt, um Verabfolgung eines Heiratsgutes von 500 fl. wurde in erster Instanz mit Beschränkung des Betrages auf 400 fl. bewilligt, vom O. L. G. hingegen auf den Recurs des B abgewiesen, weil die im §. 1220 a. b. G. B. genannten Personen nur bei der Verehelichung ihren Töchtern und Enkelinnen ein Heiratsgut zu geben verpflichtet seien und nach §. 1221 ebendort der Richter nur auf Verlangen der Brautpersonen ein angemessenes Heiratsgut zu bestimmen habe, woraus folge, daß die A, abgesehen davon, daß sie für sich allein zu einem solchen Begehren nicht legitimirt ist, zur Zeit, da sie bereits verheiratet ist, eine derlei Forderung zu stellen nicht mehr befugt sei.

Die Entscheidung der zweiten Instanz wurde vom obersten Gerichtshofe in der Erwägung bestätigt, daß die A sich bei ihrer Verehelichung ein Heiratsgut nicht bedungen und wenn sie selbst, jedoch keineswegs ihr Ehemann, jetzt noch ein solches beanspruchen könnte, gegen den Widerspruch ihres Vaters B nicht bewiesen hat, daß derselbe in der Lage sei, ohne Gefährdung der eigenen Subsistenz ihr ein Heiratsgut zu bestellen.

Nr. 3028.

Berühmung durch Vorbringung eines Alimentationsanspruches vor dem Eherichter.

Entsch. v. 31. März 1868, Nr. 2106 (Best. des Urth. des L. G. Wien v. 24. Mai 1867, Nr. 26840, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 30. Oct. 1867, Nr. 15607). G. H. 1868, S. 247.

Da nach eingetretener Scheidung des A von der B der Anspruch der Letzteren auf den Unterhalt durch Vergleich nicht ausgetragen werden konnte, legte der Richter dem Scheidungsbeklagten A die Leistung der Alimente provisorisch auf, mit gleichzeitiger Verweisung der Parteien auf das ordentliche Verfahren zur definitiven Entscheidung der Alimentenfrage (§. 63 des Anhanges I zum Patent vom 8. October 1856, R. G. Bl. Nr. 185), ohne dem Begehren des

A stattzugeben, daß der Scheidungsklägerin B zur Anstellung der Klage auf die Leistung des (definitiven) Unterhaltes eine bestimmte Frist gesetzt werde. Einige Monate darauf belangte A die B mit der Aufforderungsklage ex lege diffamari, indem er ihren früher erhobenen Anspruch auf Leistung des provisorischen Unterhaltes als Rechtsberühmung qualificirte und das Begehren stellte, daß ihr bei sonstiger Auflage des ewigen Stillschweigens die Ausführung ihres Alimentenanspruches aufgetragen werde. Es handelt sich nun um die Frage, ob der Thatbestand der Berühmung vorliege.

Gegen die Ansicht des O. L. G. wurde die Frage vom obersten Gerichtshofe bejaht und das dem Begehren des Provocanten A stattgebende Urtheil der ersten Instanz aus den folgenden Gründen bestätigt: Mit dem Anspruche auf den provisorischen Unterhalt hat die B allerdings implicite sich gerühmt, daß A überhaupt zur Alimentation ihr verpflichtet sei, weil der Ehefrau, gegen die bereits vorläge, daß sie überhaupt keinen Anspruch auf die Alimente habe, dieselben auch nicht provisorisch zuerkannt werden könnten. Die B kann mit Grund nicht einwenden, nur den Anspruch auf provisorischen Unterhalt und höchstens noch weiter behauptet zu haben, daß ihr künftig ein Anspruch auf definitiven Unterhalt entstehen werde; denn die zeitliche Scheidung war bereits rechtskräftig ausgesprochen worden und sie konnte, wie gesagt, den Unterhalt auch provisorisch nicht begehren, ohne damit zugleich die Behauptung aufzustellen, daß sie als geschiedene Gattin überhaupt den Alimentenanspruch habe. Es kann auch nicht gesagt werden, daß durch die Auflage des provisorischen Unterhaltes über den Gegenstand der Berühmung bereits entschieden worden sei. Denn das Definitivum wurde dabei eben dem ordentlichen Proceßwege vorbehalten. Damit wurde ausgesprochen, daß die B den Unterhaltsanspruch als Klägerin auf diesem letzteren Wege auszutragen hat, und wenn sie nun durch Unterlassung der Klaganstellung den provisorischen Bezug der ihr in einer bestimmten Summe ausgesetzten Alimente in einen immerwährenden zu verwandeln sucht, so muß der A berechtigt sein, sie zur Ausführung ihres Anspruches durch die Aufforderung zu zwingen, die für ihn das dem Gesetze wie der Sachlage entsprechende Mittel ist, um jene Entscheidung herbeizuführen, bis zu welcher er sich der provisorischen Bestimmung des Unterhaltes fügen muß. Die B kann sich auch nicht auf einen Rechtsbesitz berufen, um deshalb von der Ausführung ihres Anspruches befreit zu sein, weil sie durch das Provisorium eben noch nicht in den Besitz des Rechtes gesetzt wurde, welches heute in Frage ist und für dessen Austragung der ordentliche Rechtsweg vorbehalten blieb.

Nr. 3029.

Einfluß der Nationalbank auf Feststellung der Feilbietungsbedingnisse bei Executionsführung eines Dritten auf ein ihr verpfändetes Gut.

Entsch. v. 31. März 1868, Nr. 2864 (Best. des Decr. des L. G. Wien v. 24. Dec. 1867, Nr. 66489, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 28. Jänner 1868, Nr. 1893). G. H. 1868, S. 190. [G. Z. 1868, Nr. 59.

In einer Executionssache hatte das Gericht erster Instanz auf Einschreiten der Direction der Ersten österreichischen Sparcasse um Feilbietung der verpfändeten Realität in Hinblick auf §. 32 der Statuten der Hypothekarabtheilung der Nationalbank vom 20. März 1856, R. G. Bl. Nr. 36, mit Zuziehung derselben als Hypothekargläubigerin zur Feststellung der Feilbietungsbedingnisse Tagsatzung angeordnet, wobei der Vertreter der priv. österr. Nationalbank die Bedingung gestellt wissen wollte, daß bei der dritten Feilbietung diese Realität nicht unter 4000 fl. hintangegeben werde, wogegen der Vertreter der Sparcassedirection Verwahrung einlegte. — Das Gericht stellte sonach das Feilbietungsgesuch zur Abänderung der Bedingnisse nach dem Antrage der Nationalbank zurück. — Das O. L. G. gab dem Recurse der Sparcassedirection Folge, wies den Antrag des Vertreters der Nationalbank zurück und trug dem Gerichte erster Instanz auf, das Feilbietungsgesuch unbeirrt durch den obigen Antrag zu erledigen, und zwar in der Erwägung, daß die Direction der Ersten österreichischen Sparcasse rücksichtlich ihrer Forderung im Pfandrechte der Nationalbank auf dieser Realität vorangeht, daher durch das der letzteren im §. 32 der citirten Statuten eingeräumte Privilegium, in der durch die bestehenden Gesetze gesicherten Hereinbringung ihrer Forderung und in der vollen Anwendung des §. 336 der a. G. O. nicht beirrt werden kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte hingegen den erstrichterlichen Bescheid in der Erwägung, daß die der Nationalbank im §. 32 der citirten Statuten eingeräumte Berechtigung, auch bei einer von einem anderen Gläubiger angesuchten executiven Veräußerung eines ihr verpfändeten Gutes die Versteigerungsbedingnisse zu entwerfen, auch das Recht der Stellung besonderer Anträge zu den vom Executionsführer entworfenen Bedingnissen in sich faßt und nicht durch Priorität der Bankforderung bedingt ist, sondern auch den vorangehenden Gläubigern gegenüber gilt; daß nach den im citirten Statutenparagraph ausgesprochenen Zwecken des Privilegiums der österreichischen Nationalbank nicht verwehrt werden kann, eine der Verschleuderung des Gutes und der Gefährdung ihrer Forderung vorbeugende Bedingung aufzustellen; daß die Festsetzung eines Minimalpreises für die dritte Versteigerung und die Relicitation gegen kein Gesetz verstößt

und weder die vorangehende Forderung der Ersten österreichischen Sparcasse noch jene der jüngeren Pfandgläubiger gefährdet und daß das Bedenken wesentlicher Beeinträchtigung der Concurrenz Kauflustiger oder gänzlicher Vereitelung des Verkaufes durch die Festsetzung von 4000 fl. als Minimalpreis in Hinblick auf den gerichtlichen Schätzungswerth von 7200 fl. nicht genügend begründet sei.

Nr. 3030.

Gegenseitige Besitzstörungsklage. Erwerb des Rechtsbesitzes. Beweislast in Ansehung des tempus scientiae.

Entsch. v. 31. März 1868, Nr. 2884 (Best. des das Decr. des B. G. Krzeszowice v. 8. Dec. 1867, Nr. 3584, theils aufheb., theils abänd. Decr. des O. L. G. Krakau v. 30. Dec. 1867, Nr. 3584). G. H. 1868, S. 309.

A kaufte noch unter der Herrschaft des französischen Gesetzes im Krakauer Gebiete mittelst notariellen Instrumentes vom Jahre 1855 von C, Besitzer der Grundwirthschaft X, das Recht zur Gewinnung der unter der Oberfläche von X vorkommenden feuerfesten Thonerde. Im Jahre 1864 anerkannte B, der nachmalige Besitzer von X, mittelst Urkunde das von C dem A verkaufte Recht und räumte es ihm von Neuem ein. Im August 1867 eröffnete A in seinem an X stoßenden Grundstücke einen Schacht und aus demselben einen 24° in die Unterfläche von X dringenden Gang. Am 1. October 1867 eröffnete B in seiner Grundwirthschaft X einen Schacht zur Gewinnung der Thonerde. Diese Operationen gaben dem A und B den Anlaß, sich gegenseitig in possessorio summariissimo zu belangen; am 12. October 1867 überreichte A, am 7. October B die Klage. Beide Klagen waren Gegenstand einer und derselben Verhandlung, in welcher B gegen die Klage des A unter Anderem vorbrachte, daß nicht er, sondern sein Sohn D den von A incriminirten Schacht eröffnet habe, und zwar auf Grund des von ihm, B, mit D geschlossenen Vertrages, worin er demselben das Recht der Gewinnung der Thonerde in der Unterfläche von X verkauft habe. — Das Gericht erster Instanz entschied, daß A im Besitze des Rechtes sei, unter X noch Thonerde zu graben, und daß B sich jeder weiteren Störung dieses Besitzes zu enthalten habe. — Das O. L. G. erkannte, daß A im Besitze dieses Rechtes nicht sei und vielmehr den B im Besitze der Grundwirthschaft X gestört und jede fernere Störung dieses Besitzes zu unterlassen habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Nach §. 5 des Gesetzes vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, kommt es in possessorio

summariissimo lediglich auf Erörterung und Beweis des letzten factischen Besitzes und dessen Störung an und hat Derjenige, welcher einen Besitz erst erwerben oder ein stärkeres Recht zum Besitze geltend machen will, den ordentlichen Rechtsweg zu betreten. A hat nun einen factischen Besitz seinerseits nicht erwiesen; denn mit dem notariellen Acte vom Jahre 1855 kaufte er das Recht zur Gewinnung der Thonerde in der Unterfläche von X, ohne es auszuüben. Zwar beruft sich A auf die Art. 1604, 1605 und 1607 des Code Napoléon, die mit der Eigenthumserwerbung zugleich die Uebergabe verbinden, so daß der factische Besitz mit dem Vertragsschlusse beginne. Allein der Art. 1607 stimmt mit dem §. 427 a. b. G. B. darin überein, daß Sachen, die nach ihrer Beschaffenheit eine körperliche Uebergabe nicht zulassen — wohin auch Rechte gehören — durch Zeichen, nämlich Urkunden, zu übergeben sind; und doch wird Niemand behaupten wollen, daß durch eine solche Urkunde allein, ohne hinzutretende Ausübung des Rechtes, ein Besitz geschaffen wird, der als Grundlage der Verhandlung in possessorio summariissimo dienen könnte, da hiebei die Bestimmung des §. 5 des Gesetzes vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, wonach Derjenige, welcher einen Besitz erst erwerben will, auf dem ordentlichen Rechtswege auftreten muß, ganz illusorisch würde. Hiemit steht auch im Einklange der Art. 2228 Code Napoléon über die Bedeutung des Besitzes. Ebensowenig hat A seinen angeblichen Rechtsbesitzerwerb durch den mit B im Jahre 1864 geschlossenen Vertrag dargethan, welcher ihm nur den Titel zur Erwerbung des Rechtes verlieh und die Befugniß gab, im Falle der Weigerung des B gegen denselben im ordentlichen Rechtswege aufzutreten. Wenn aber A zur weiteren Begründung seiner Anführung hervorhob, daß er bereits im August 1867 in seinem eigenen Grundstücke den Schacht eröffnet hat und mit einem Gange 24" weit in die Unterfläche von X gekommen ist, so muß dagegen erwogen werden, daß B einerseits in der Oeffnung des Schachtes, die dem A auf eigenem Grunde frei stand, keine Beeinträchtigung seines Besitzes (von X) erblicken konnte und andererseits bestritt, von der Leitung des Ganges zur Zeit, als derselbe gegraben wurde, Kenntniß gehabt zu haben, und behauptete, daß er erst am 20. September sich davon überzeugt habe, so daß seine darauf am 7. October angebrachte Klage nicht verspätet war, da der Beweis, daß er vor mehr als 30 Tagen davon zurückgerechnet, bereits in Kenntniß gewesen sei, von A nicht geliefert worden ist.

Nr. 3031.

Sequestration der pfandweise beschriebenen invecta et illata. Gefahr der Verschleppung.

Entsch. v. 1. April 1868, Nr. 2980 (Best. des das Decr. des B. G. Groß-Meseritsch v. 10. Jänner 1868, Nr. 138, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 18. Februar 1868, Nr. 2245). G. H. 1868, S. 385.

Das Gesuch des Verpächters um Sequestration der seinem gesetzlichen Pfandrechte unterworfenen und auch bereits pfandweise beschriebenen invecta et illata des Pächters war darauf gegründet, daß der Letztere viele von den Pfandsachen schon beseitigt hatte und daher der Verpächter während des noch schwebenden Processes auf seine Klage peto. Zahlung des rückständigen Pachtschillings für sein Pfandrecht Gefahr laufe. Dieses in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde vom O. L. G. abgewiesen und der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil der im §. 293 a. G. O. vorausgesetzte Sequestrationsfall hier nicht vorliegt und, soferne es sich um die Versicherung der gepfändeten Sachen handelt, nur die im §. 343 a. G. O. gebotenen Mittel dazu gebraucht werden können.

Nr. 3032.

Unzulässigkeit der Revindication von Parcellen, welche der Eigenthümer als Bestandtheile des feilgebotenen Grundstückes anerkannt hat.

Entsch. v. 2. April 1868, Nr. 2348 (Best. des das Urth. des B. G. Wildon v. 18. August 1867, Nr. 2762, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 12. Nov. 1867, Nr. 12522). G. H. 1868, S. 234.

Der Kläger, intabulirter Eigenthümer des Grundbuchskörpers X, forderte mit der Eigenthumsklage die Parcellen a und b von dem Besitzer derselben aus dem Grunde zurück, weil sie Bestandtheile von X seien und in der gegen ihn auf das ihm gehörige Gut Y geführten Execution irrigerweise als Bestandtheile dieses letzteren Grundbuchskörpers behandelt, resp. geschätzt und mitversteigert wurden, daher der Beklagte, indem er das Gut Y erstand und als Eigenthümer intabulirt wurde, nicht Eigenthümer der Parcellen a und b geworden sei. — Mit Abänderung des Urtheils erster Instanz, womit der Zeugenbeweis des Klägers für die behauptete Zugehörigkeit der revindicirten Parcellen zu X zugelassen wurde, hat das O. L. G. die Klage ohneweiters abgewiesen, weil der Kläger durch seine vorbehaltslose Unterzeichnung der über die executive Schätzung und Feilbietung errichteten Protokolle, worin die fraglichen Parcellen als

Bestandtheile des in Execution gezogenen Grundbuchsobjectes X bezeichnet und deshalb in die Schätzung miteinbezogen und mitverkauft wurden, die Zugehörigkeit derselben selbst anerkannt und einen hiebei unterlaufenen Irrthum nicht einmal wahrscheinlich gemacht, viel weniger bewiesen hat, zudem ein solcher Irrthum nach §§. 875 und 876 a. b. G. B. dem Kläger gegen den Beklagten, welcher daran keine Schuld trug, ein Klagrecht gar nicht verliehen haben würde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

Nr. 3033.

Unanwendbarkeit des für Bestandstreitsachen vorgezeichneten Verfahrens auf Bestandverträge über bewegliche Sachen.

Entsch. v. 8. April 1868, Nr. 3380 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. der inneren Stadt Wien v. 30. Jänner 1868, Nr. 2938, und des O. L. G. Wien v. 25. Februar 1868, Nr. 3555). G. H. 1868, S. 236.

Die untergerichtlichen Verordnungen, womit auf die Klage des A gegen B pto. Zahlung einer Miethgeldschuld von 920 fl. für vermiethete Getreidesäcke, anstatt des summarischen Verfahrens, das Verfahren nach §. 16 a. G. O. eingeleitet worden ist, wurden vom obersten Gerichtshofe aufrecht erhalten, weil aus der Bestimmung des §. 1 des Patentes vom 16. Nov. 1858, R. G. Bl. Nr. 213, wonach Streitigkeiten aus Bestandverträgen vor das B. G., in dessen Bezirk das Bestandsobject liegt, gehören, klar hervorgeht, daß unter den in diesem Paragraphe, sowie im Eingange des Patentes erwähnten Bestandverträgen, wofür darin das Verfahren normirt wird, nur Bestandverträge über unbewegliche und denselben ausdrücklich gleichgestellte Sachen gemeint sind, weshalb auch die Bestimmung des §. 12 ebendort (Festsetzung des summarischen Verfahrens) nur auf Streitigkeiten aus Bestandverträgen über Immobilien bezogen werden kann.

Nr. 3034.

Umfang des Ersatzanspruches des Grundeigenthümers im Falle des §. 418 a. b. G. B.

Entsch. v. 15. April 1868, Nr. 2285 (Best. des das Urth. der Prätur Dernis v. 14. April 1865, Nr. 185, abänd. Urth. des O. L. G. Zara v. 13. Dec. 1866, Nr. 4693). G. H. 1869, S. 11.

B, der auf dem Grunde des A bona fide und mit dessen Vorwissen einen Bau aufgeführt hatte, wurde von diesem auf Zahlung

des von Experten mit Berücksichtigung des Gebrauches und der Verwendung des Grundes festzustellenden Werthes desselben und auf den Ersatz des gleichfalls durch Sachbefund zu ermittelnden Werthes der Nutzung des Grundstückes von den letzten drei Jahren belangt. — Das Gericht erster Instanz hat dem Klagbegehren vollständig stattgegeben, das O. L. G. hingegen nur die Zahlung des gemeinen Werthes des Grundstückes dem Kläger zugesprochen und sein Begehren in Betreff der Nutzungen abgewiesen. In der Revisionsbeschwerde bestand A darauf, daß bei der Festsetzung des ihm gebührenden Grundwerthes auf den Gebrauch und die Verwendung des Grundstückes Rücksicht genommen werden müsse; daß die Nutzungen ein Accessorium des ihm gebührenden Werthes des Grundstückes darstellen, der Bauführer nicht durch die bloße Thatsache der Bauführung, sondern erst durch die Zahlung des Werthes des fremden Grundes dessen Eigenthümer werde und bis dahin das Eigenthum daran sammt dem Recht auf die Nutzungen nach der klaren Fassung des §. 418 a. b. G. B. dem bisherigen Eigenthümer verbleibe.

In Erwägung, daß, nachdem der Schlußsatz des §. 418 a. b. G. B. eben auch eine der im Gesetzbuche festgesetzten Arten der Eigenthumserwerbung durch Zuwachs zum Gegenstande hat, wohl nicht bezweifelt werden kann, daß in diesem Falle der redliche Bauführer, dem die vermuthete Zustimmung des Grundeigenthümers zur Seite steht, durch den Act der Bauführung sofort unmittelbar das Eigenthum an dem Grunde mit allen im Gesetze festgestellten Eigenthumsrechten erwirbt und dem bisherigen Eigenthümer zu nichts Anderem, als zum Ersatz des gemeinen Werthes desselben, also zur Zahlung einer Geldsumme verpflichtet ist, daher dem Letzteren bei verzögerter Zahlung nur der Anspruch auf Verzugszinsen zustehen könnte, der aber hier vom Kläger gar nicht erhoben wurde, hat der oberste Gerichtshof das Urtheil der zweiten Instanz bestätigt.

Nr. 3035.

Zurückweisung der Erbserklärung wegen Mangels eines gesetzlichen Titels.

Entsch. v. 15. April 1868, Nr. 3368 (Best. des Decr. des B. G. Waidhofen a. d. Ybbs v. 15. Februar 1868, Nr. 3133, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 10. März 1868, Nr. 4592). G. Z. 1868, Nr. 56. G. H. 1868, S. 238.

Die A überreichte eine Erbserklärung zu dem Nachlasse des M auf Grundlage des Gesetzes, ohne nähere Angabe, indem sie sich vorbehielt, ihr Erbrecht später auszuweisen. Sie bat zugleich um Erhebungen bezüglich einiger Vermögensbestandtheile des Nachlasses.

Diese wurden von der Abhandlungsbehörde eingeleitet, dabei aber in Erfahrung gebracht, daß M der außereheliche Sohn, die A jedoch die eheliche Tochter der N sei. Hierauf wurde vom Abhandlungsgerichte die auf dem Gesetze beruhen sollende Erbserklärung der A nach §. 754 a. b. G. B. zurückgewiesen. Auf den Recurs der A, worin sie anbrachte, daß die N, als sie in Baiern ihren, der A, Vater heiratete, dabei bezüglich des M eine nach baierischen Gesetzen zulässige Einkindschaft bedungen habe, wofür sie nachträglich (§. 122 des k. Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208) die Belege beibringen werde, verordnete die zweite Instanz in der Erwägung, daß nach §. 122 des Gesetzes vom 9. August 1854 jede in der vorgeschriebenen Form ausgestellte Erbserklärung vom Gerichte anzunehmen ist, jene der A aber die gesetzlichen Erfordernisse hat, auch die Angabe des Erbrechtstitels enthält und der Nachweis derselben nach diesem §. 122 nachträglich beigebracht werden kann, die Erbserklärung anzunehmen. Die hievon verständigte Finanzprocuratur ergriff in Vertretung des Caducitätsfondes den Revisionsrecurs, welchem durch Bestätigung der erstgerichtlichen Verordnung stattgegeben wurde, weil nach §. 799 a. b. G. B. und §. 122 des Gesetzes v. 9. August 1854 jede Erbserklärung den Titel (für welchen die Beweise allerdings auch später beigebracht werden können) des Erbrechtes, also die Thatsache, woraus mit Bezug auf das Gesetz das Erbrecht hergeleitet wird, enthalten muß — z. B. Verwandtschaft, Adoption — was in der Erbserklärung der A nicht geschehen ist.

Nr. 3036.

Behandlung von Simultan-Hypotheken bei der Meistgebotsvertheilung: Einsprache des Besitzers der simultan mit dem Executionsobject haftenden Sache.

Entsch. v. 15. April 1868, Nr. 3527 (Best. des das Decr. des B. G. Efferding v. 16. Nov. 1867, Nr. 3930, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 4. Februar 1868, Nr. 2427). G. H. 1869, S. 15.

Bei der Vertheilung des Meistgebotes auf eine im Executionswege versteigerte Liegenschaft hatte der primo loco intabulirte Satzgläubiger A erklärt, für seine Forderung von 2100 fl. nur 1350 fl. von dem Kaufschilling in Anspruch zu nehmen und mit dem Rest von 750 fl. an die Liegenschaft des B sich halten zu wollen, auf der seine Forderung simultan intabulirt war, so daß das Meistgebot auch noch zur Befriedigung des secundo loco eingetragenen Pfandgläubigers C ausgereicht hätte. Dagegen erhob B schriftlichen Einspruch und verlangte die Festsetzung einer Tagfahrt zur Ergänzung der Verhandlung über die Vertheilung des Meistgebotes zur Anhörung aller Interessenten,

hn miteingeschlossen. Den erstrichterlichen Bescheid, womit die begehrte Tagsatzung angeordnet wurde, hat das O. L. G. aufgehoben und den Einspruch des B als gerichtsordnungswidrig zurückgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil B nicht Pfandgläubiger der in Execution gezogenen Realität und daher nicht legitimirt ist, bei der in Rede stehenden Liquidation Sprache zu führen.

Nr. 3037.

Verhältniß der Gerichte zu den Gemeindebehörden: Richterliche Prüfung der Giltigkeit einer Verordnung des Gemeindevorstehers.

Entsch. v. 15. April 1868, Nr. 3531 (Aufheb. des das Decr. des B. G. Volosca v. 7. Dec. 1867, Nr. 3969, aufheb. Decr. des O. L. G. Triest v. 5. Februar 1868, Nr. 493). G. H. 1868, S. 239.

Das Erkenntniß der ersten Instanz in possessorio summariissimo auf die Klage des A gegen B, Gemeinderath der Gemeinde C, pto. Besitzstörung durch Niederreißung der Einfriedungsmauer eines Grundstückes, wurde vom O. L. G. aufgehoben und die Zurückstellung der Klage wegen Unzuständigkeit der Gerichte verordnet, weil nach den Aussagen der in der Verhandlung verhörten Zeugen die Mauer von den Gemeindehütern im Auftrage des B als Gemeinderath und der Vorsteher der Nebengemeinden D und E wegen Errichtung der Mauer auf einem Gemeindegrund niedergerissen worden ist und der Verwaltungsbehörde, nicht aber dem Gericht die Entscheidung zusteht: ob die Personen, denen der Auftrag gegeben wurde, zu dessen Ausführung ohne Interposition des Bürgermeisters der Hauptgemeinde ermächtigt waren, und daß B den Befehl nicht als Privat, sondern als Gemeinderath ertheilt habe.

In Erwägung, daß nach Art. 7 des Grundgesetzes über die richterliche Gewalt v. 21. December 1867, R. G. Bl. Nr. 144, die Gerichte nunmehr über die Giltigkeit auch der von administrativen Behörden erlassenen Verordnungen zu entscheiden haben, und demnach dem Gericht auch im vorliegenden Falle die Entscheidung darüber zusteht, ob B im Vereine mit anderen Gemeindeorganen jedoch ohne Intervention des Gemeindevorstandes, den Abbruch der vom Kläger errichteten Mauer giltig verfügen konnte, — hat der oberste Gerichtshof auf den Recurs des in erster Instanz siegreichen Klägers die obergerichtliche Verordnung aufgehoben und dem O. L. G. die Entscheidung in merito aufgetragen.

Nr. 3038.

Cautio de non amplius turbando: Ungebundenheit der Einklagung der angedrohten Geldstrafe an die dreißigtägige Frist.

Entsch. v. 15. April 1868, Nr. 3789 (Best. des Decr. des B. G. Podgorze v. 10. August 1867, Nr. 2875, Abänd. des Decr. des O. L. G. Lemberg v. 18. Nov. 1867, Nr. 15906). G. H. 1868, S. 394. G. Z. 1869, Nr. 3.

Durch gerichtliches Erkenntniß vom Jahre 1865 wurde A in possessorio summariissimo im Besitze des Fahrweges durch ein Grundstück des Beklagten B geschützt und dem Letzteren die Störung dieses Besitzes mit Androhung der Geldstrafe von 15 fl. untersagt. Nichtsdestoweniger ließ B den Feldweg im Herbst 1866 eggen, im Frühjahr 1867 ackern und im Juni 1867 bebauen und untersagte dem A am 26. Juni 1867 das Fahren, worauf A am nächstfolgenden Tage gegen B klagend auftrat und das Begehren stellte, daß wegen Störung des Besitzes die Geldstrafe von 15 fl. eingezogen und dem B das Verbot weiterer Besitzstörung bei Geldstrafe erneuert werde. — Mit Abänderung des dem Klagbegehren stattgebenden Decretes der ersten Instanz hat das O. L. G. den A ab- und auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen, weil schon die Einackerung des Grundstückes eine Störung des A in seinem Besitze des Feldweges gewesen ist, gegen welche er in possessorio summariissimo innerhalb 30 Tagen hätte auftreten müssen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aus folgenden Gründen die Entscheidung der ersten Instanz: Als Verletzung des (durch das frühere Erkenntniß) bereits rechtskräftig statuirten Provisoriums wurde außer der Einackerung des Feldweges auch die — von B nicht abgeleugnete — Untersagung des Fahrens angegeben; erst durch diese Verwehrung der Durchfahrt ist die Einackerung an sich zur Besitzstörung geworden und daher für die Prüfung der Rechtzeitigkeit der Klaganstellung nur der Zeitpunkt der Untersagung des Verfahrens maßgebend. Zudem handelt es sich hier eigentlich um die Execution einer bereits ergangenen und rechtskräftigen Entscheidung in possessorio summariissimo, wo nicht mehr der Zwang des 30tägigen Termines eintritt.

Nr. 3039.

Einfluß der Streitgenossenschaft auf den Ausfall des Eides: Ueberschreitung des Parteibegehrens?

Entsch. v. 16. April 1868, Nr. 3229 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 6. Sept. 1867, Nr. 31261, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 29. Jänner 1868, Nr. 1112). G. H. 1868, S. 388.

In der Rechtssache des A und B wider C pto. Anerkennung des Miteigenthums der Kläger zu gleichen Theilen mit C an einer

von den Streittheilen gemeinschaftlich herausgegebenen Karte und Verpflichtung des Beklagten zur Rechnungsablage in bestimmten Zeitabschnitten, über den Betrieb des Unternehmens, wurde die Entscheidung von einem Haupt- und einem Erfüllungseide, welche die Kläger abzuschwören hatten, abhängig gemacht. Beide Eide wurden nur von A angetreten und abgelegt, worauf C das Begehren um das Erkenntniß stellte, daß die Eide, weil beiden Klägern aufgetragen und nur von dem einen abgelegt, für nicht abgeschworen zu halten seien. — Nach vorgängiger Verhandlung entschied das Gericht erster Instanz nach dem Begehren; das O. L. G. erkannte, daß das Begehren des C abgewiesen werde und daß die sententionirten Eide bezüglich des A für abgelegt zu halten seien. Dagegen ergriff C den Recurs, worin er die obergerichtliche Entscheidung unter Anderem auch wegen Ueberschreitung des Petits (durch das ausdrückliche Erkenntniß: daß die Eide in Betreff des A für abgelegt zu halten seien) anfocht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz. Gründe: Nachdem C das Begehren darauf gerichtet hat, daß die Eide, weil beiden Klägern auferlegt und nur von A abgeschworen, für nicht abgelegt zu halten seien; nachdem es dem Mitkläger B gegenüber, welcher die Eide nicht einmal angetreten hat, eines Erkenntnisses, daß in Betreff seiner die Eide für nicht abgelegt zu halten seien, nicht mehr bedurfte; nachdem also das Begehren des C nur den Zweck haben konnte, die Frage zur Entscheidung zu bringen (womit sich vorwiegend auch die desfalls gepflogene Parteienverhandlung befaßt hat), ob und welche Wirkung die Eidesablegung des A habe; nachdem endlich die Bitte des A um Abweisung des von C gestellten Begehrens nicht anders als dahin aufgefaßt werden konnte, daß es ausgesprochen werde, daß dieses Begehren ihm, A, gegenüber nicht statthabe, weil er die Eide abgeschworen hat, so ist in dem obergerichtlichen Ausspruch weder eine Ueberschreitung des Gegenstandes der Entscheidung, noch eine Ueberschreitung der Proceßbegehren enthalten, und es findet derselbe auch darin seine Begründung, daß nach dem Gegenstande der Streitsache es sich um Rechtsansprüche handelt, die beiden Klägern, A und B, dem Beklagten C gegenüber, noch unter ihren bestimmten Antheilen gemeinsam sind, mithin im Sinne des den Proceß entscheidenden Urtheils aus der Sachfälligkeit des Klägers B wegen unterlassener Eidesleistung nicht ohne Weiteres die Sachfälligkeit des Klägers A, der die urtheilsmäßige Bedingung des Sieges in Betreff seines Anspruches erfüllt hat, gefolgert werden kann und dem A gegenüber, der, was das Urtheil ihm auftrug, gethan hat, und ein Mehreres rücksichtlich der auch seinem Streitgenossen auferlegten Eidesleistung nicht thun konnte, ein Ausspruch nicht gerechtfertigt wäre, der ihm von vornherein die Möglichkeit entzöge, die Ansprüche, welche er durch seine Eidesleistung erstegt zu haben glaubt, in geeigneter Weise zur Geltung zu bringen.

Nr. 3040.

Einverleibung des Pfandrechtes für die auf den Kaufpreis gewiesene Grundentlastungsschuld vor der Gewähranschreibung des Erstehers der Liegenschaft.

Entsch. v. 16. April 1868, Nr. 3339 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Manetin v. 29. Sept. 1867, Nr. 3584, und des O. L. G. Prag v. 17. Dec. 1868, Nr. 33236). G. Z. 1868, Nr. 96.

Die im Executionswege versteigerte Liegenschaft des X wurde dem B als Meistbieter zugeschlagen, und nebst anderen Forderungen eine Grundentlastungsforderung des Aerars von 623 fl. auf den von B nicht erlegten Kaufschilling gewiesen. In diesem Stadium begehrte die Finanzprocuratur die Intabulation des executiven Pfandrechtes für besagte Forderung bei der dem B noch nicht bücherlich zugeschriebenen Realität. Beide Untergerichte bewilligten das Gesuch; B recurrirte dagegen an die dritte Instanz, indem er anführte, daß er, in Folge der Anweisung der Grundentlastungsforderung auf den Kaufschilling, persönlicher Schuldner derselben geworden sei und daß die Forderung gegen ihn nicht intabulirt werden könne, so lange nicht er, sondern der Execut X als Eigenthümer im Grundbuche stehe.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs in Erwägung, daß die Grundentlastungsschuldigkeit eine Reallast ist, welche immer gegen die Realität geltend gemacht werden kann, und daß, wenn auch Recurrent durch die Anweisung derselben auf den Kaufschilling hiefür Personalschuldner geworden ist, die besagte Realverpflichtung erst mit der vollständigen Zahlung erlischt.

Nr. 3041.

Pfändung von Sachen in Händen eines Dritten.

Entsch. v. 16. April 1868, Nr. 3746 (Best. des Decr. des H. G. Wien v. 4. Februar 1868, Nr. 10247, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 3. März 1868, Nr. 4436). G. H. 1868, S. 262.

Das in erster Instanz bewilligte Gesuch des A um Entpfändung der von B im Executionsverfahren gegen seinen Schuldner C gepfändeten Mobilien, die in der Inhabung des A waren, wurde vom O. L. G. abgewiesen, weil A einerseits die Pfändung bei sich ohne Einsprache vornehmen ließ und andererseits sein Eigenthum an den Mobilien nicht dargethan hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung, weil aus dem Pfändungsproto koll und den amtlichen Erhebungen des

Gerichtes erster Instanz sich ergibt, daß die in Frage stehenden Einrichtungsstücke sich in der Wohnung des A befinden; weil die gepflogenen Erhebungen außer Zweifel stellen, daß A die Pfändung in seiner Wohnung nicht freiwillig, sondern nur, um dem Gerichtsabgeordneten keinen unerlaubten Widerstand entgegenzusetzen, zugelassen hat und unter diesen Umständen nach §. 4 des Hofdecretes vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, die Amtshandlung des Gerichtsabgeordneten auf die Zustellung des Pfändungsbescheides an A zu beschränken war.

Nr. 3042.

Verhältniß der Gerichte zu den Verwaltungsbehörden: Regulirung des Besitzstandes mit Verweisung auf den (ordentlichen?) Rechtsweg.

Entsch. v. 17. April 1868, Nr. 888 (Best. des Decr. des B. G. Kolin v. 1. Dec. 1866, Nr. 7422, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 12. März 1867, Nr. 31363). G. H. 1868, S. 219.

Die Klage der A wider den B wegen Störung im Besitze eines Fahrweges durch Aufwerfung eines Grabens wurde vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen abgewiesen: Der Beklagte hat die ihm von der Verwaltungsbehörde im öffentlichen Interesse ertheilte und im Instanzenzuge bestätigte Bewilligung zu jener Röhrenlegung auf der Wegparcelle X und der desfalls nöthigen Ausgrabung des Erdreichs, welche von der A eben als Besitzstörung bezeichnet wird, dargethan, mithin durch seine Handlung keine Eigenmächtigkeit begangen, und mußte die Klägerin, da nur eigenmächtige Störungen den Anspruch auf richterlichen Besitzschutz begründen, abgewiesen werden, zumal rechtskräftige Entscheidungen der Verwaltungsbehörde mit der Besitzstörungsklage nicht angefochten und rückgängig gemacht werden können. Wenn aber der Klägerin in der politischen Entscheidung die Geltendmachung ihres vermeintlichen Eigenthumsanspruches auf die Wegparcelle X vorbehalten worden ist, so kann darunter nur der ordentliche Rechtsweg, nicht der Besitzstörungsstreit verstanden werden.

Nr. 3043.

Abschluß des Kaufvertrages und Uebernahme der gekauften Sachen durch einen vorgeblichen Mandatar: Anspruch des Eigenthümers solcher hierauf im Executionswege verkauften Sachen auf den Erlös.

Entsch. v. 17. April 1868, Nr. 2107 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 29. März 1867, Nr. 154694, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 27. Nov. 1867, Nr. 14941). G. H. 1868, S. 266.

Auf Ansiehen mehrerer Gläubiger des B, Director der vorbestandenen Thiergartengesellschaft zu Wien, wurden im Executionswege die Einrichtungsstücke in den Localitäten, welche die Gesellschaft dem B zur Errichtung einer Restauration für seine Rechnung eingeräumt hatte, gepfändet, geschätzt und versteigert. Nun belangte die Firma A die Pfandgläubiger des B, indem sie das Begehren stellte, daß ihr Eigenthum an den Einrichtungsstücken, resp. an dem Versteigerungserlös anerkannt und derselbe ihr aus der gerichtlichen Verwahrung ausgefolgt werde. Zur Begründung der Klage wurde angeführt: 1. es sei von der Firma A mit B das Uebereinkommen getroffen worden, daß sie die fraglichen Utensilien für die Thiergartengesellschaft zu liefern habe; 2. es seien dieselben von ihr für die genannte Gesellschaft geliefert und damit die Restaurationslocalitäten der Gesellschaft ausgestattet worden; 3. B sei aber zur Bestellung der Einrichtungsstücke von der Gesellschaft nicht ermächtigt gewesen und habe das Mandat derselben nur vorgeschützt. Daraus folge, daß die Firma mit der Ablieferung der Utensilien das Eigenthum derselben weder auf B, der den Vertrag mit ihr nicht in seinem Namen abschloß, noch auf die Gesellschaft, die wegen fehlender Bevollmächtigung des B nicht die Käuferin war, übertragen habe, sondern die Eigenthümerin der Utensilien geblieben sei, weshalb sie nun auf das Pretium derselben Anspruch habe. Die Beklagten leugneten die ad 1 und 2 angeführten Umstände, zu deren Beweis die Klägerin ihnen den Haupteid auftrug, und wendeten außerdem ein, daß sie sich lediglich an B zu halten habe, von ihm, der sie in Irrthum geführt, den Schadenersatz fordern müsse und daß die römische Rechtsregel: pretium succedit in locum rei, worauf sie den Anspruch auf Versteigerungserlös gründen will, dem österreichischen Privatrecht fremd sei. — Das Gericht erster Instanz erkannte gegen das Klagbegehren. — Das O. L. G. gab der Klage statt unter der Bedingung des durch den Haupteid erbrachten Beweises der Anführungen 1 und 2.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Die Frage, ob die Firma A zum Klaganspruch berechtigt sei, muß bejaht werden, wenn erwiesen wird, daß die Utensilien zur Zeit der Feilbietung ihr Eigenthum waren, weil durch den

executiven Verkauf von Sachen der Klägerin, obschon sie die Sachen selbst nach §. 367 a. b. G. B. nicht zurückfordern kann, ihr keinesfalls der Anspruch auf den an deren Stelle getretenen Erlös verloren ging. Dieser Anspruch ist nicht eine Entschädigungsforderung, die eine widerrechtliche Beschädigung voraussetzt und nur gegen den Beschädiger (§§. 1294 und 1295 a. b. G. B.) geht, sondern der unmittelbare Ausfluß des Eigenthums an den verkauften Sachen selbst; und sowie der Eigenthümer einer Sache die Executionsführung des Gläubigers eines Dritten auf dieselbe zu verhindern berechtigt ist, hat er im Falle der schon bewirkten Veräußerung auch das Recht, den Executionsführer von dem Erlös auszuschließen, weil weder dem Executen aus der Versteigerung der ihm fremden Sache ein Anspruch auf den Erlös erwachsen kann, noch das Recht des Executionsführers auf den Erlös ein anderes und stärkeres geworden ist, als sein Recht auf die gepfändete Sache war. Wird nun — durch den Haupteid — bewiesen, daß die Firma A die Utensilien dem B nicht für seine Person, sondern auf seine Bestellung der Thiergartengesellschaft verkauft und geliefert hat, so ist, da B zum Abschluß des Geschäftes nicht ermächtigt war, ein für die Firma verbindlicher Vertrag gar nicht zu Stande gekommen und, wenngleich berechtigt, wegen Zahlung des Preises oder Rückstellung der Sachen sich an ihn zu halten, ist die Klägerin nicht verpflichtet, nur mehr den B als Contrahenten anzunehmen, umsominder, da sie die Gegenstände lieferte, ohne das Kaufgeld zu erhalten, dieses also dem Käufer creditirte. Auch bei dem Kauf erfolgt die Erwerbung des Eigenthums auf Seite des Käufers erst durch die Tradition; bis dahin verbleibt das Eigenthum beim Verkäufer. Wird nun der Beweis ad 1 und 2 hergestellt, so sind die Utensilien nicht dem Käufer übergeben worden, da dieselben weder von B, der sie empfing, noch von der Thiergartengesellschaft, für welche er sie in Empfang nahm, gekauft worden waren, folglich Eigenthum der Firma A geblieben.

Nr. 3044.

Besitzstörung? Pertinenzqualität des Düngers?

Entsch. v. 17. April 1868, Nr. 2519 (Best. des das Decr. des B. G. Czernowitz v. 9. Juni 1867, Nr. 4355, abänd. Decr. des O. L. G. Lemberg v. 6. Nov. 1867, Nr. 27141). G. Z. 1868, Nr. 55.

Der Gutsinhaber A belangte seinen Gutspächter B wegen Besitzstörung, weil dieser im letzten Jahre der Pachtzeit den größten Theil des vorhandenen Düngers, der zum fundus instructus des Gutes gehöre, theils auf ein anderes von ihm, B, gepachtetes Gut gebracht, theils sogar verkauft, daher ihn, A, im Besitze eines Zugehörs des Gutes

gestört habe. B entgegnete, daß er die Felder in einem der Jahreszeit, wo der Pacht zu Ende ging, entsprechend gedüngten Zustande übergeben habe, übrigens der Dünger eine bewegliche Sache, nicht Zugehör des Gutes sei, nicht blos von dem zum fundus instructus gehörigen Viehstande, sondern auch von dem außer demselben durch ihn beigestellten Vieh herrühre. — Die erste Instanz gab dem Klagbegehren statt in Erwägung, daß durch die Verpachtung der Eigenthümer sich der Besitzrechte auf das Bestandstück nicht begibt, dem Bestandnehmer nur der Gebrauch und Genuß zusteht, er als bloßer Inhaber nicht berechtigt ist, den Grund seiner Gewahrsame eigenmächtig zu verwechseln; daß der Dünger, weil und sofern er zum ordentlichen Wirthschaftsbetriebe erforderlich und schon durch das Gesetz zum fortdauernden Gebrauche der Hauptsache bestimmt ist, als Zugehör der letzteren angesehen werden muß; und daß der Belangte nicht dargethan hat, daß mehr Dünger erzeugt wurde, als zur Bewirthschaftung des Gutes nöthig war. — Die zweite Instanz wies die Besitzstörungsklage zurück. Gründe: Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um die Störung eines factischen Besitzstandes, sondern um eine Handlungsweise des Pächters bezüglich des in seinem Pachtbesitze stehenden Gutes, namentlich um die gegen die Regeln der ordentlichen Wirthschaftsführung erfolgte Wegführung des Düngers, wodurch das gepachtete Gut einer Verschlechterung ausgesetzt wird. Die gepflogene Verhandlung und Erhebung hat aber unzweifelhaft dargethan, daß sich der Kläger im factischen Besitze des fraglichen Düngers nicht befand; die Frage hingegen, ob und in welchem Maße er als Zugehör oder Zuwachs zur Substanz des dem Kläger eigenthümlichen Gutes gehört, kann nur im ordentlichen Rechtswege ausgetragen und entschieden werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil es einzig und allein auf den letzten factischen Besitzstand und die erfolgte Störung ankommt, Kläger aber in dem Besitze des Düngers, als einer beweglichen Sache, sich niemals befand, und die Frage, inwiefern derselbe dennoch als Zugehör des unbeweglichen Gutes anzusehen sei, nach §. 5 der kais. Vdg. v. 27. Oct. 1849, R. G. Bl. Nr. 12, im Besitzstörungsverfahren nicht ausgetragen werden kann.

Nr. 3045.

Pfändung der invecta et illata: Entbehrlichkeit der Beibringung des Bestandvertrages.

Entsch. v. 17. April 1868, Nr. 3747 (Best. des Decr. des B. G. Frankenmarkt v. 29. Jänner 1868, Nr. 383, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 25. Februar 1868, Nr. 3735). G. H. 1868, S. 16.

Das gleichzeitig mit der Pachtzinsklage überreichte Gesuch des Verpächters A gegen den Pächter B um pfandweise Beschreibung

der invecta und illata wurde in erster Instanz bewilligt, vom O. L. G. aber aus dem Grunde abgewiesen, weil A weder mit dem Gesuch, noch mit der Klage die Originalurkunde des Pachtvertrages producirt hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, weil die Vorlage des Originals des Bestandvertrages weder durch ein Gesetz als Bedingung der Geltendmachung der im §. 1101 a. b. G. B. dem Bestandgeber eingeräumten Sicherstellung bezeichnet, noch selbstverständlich als eine solche Bedingung anzusehen ist, da es bei der Beschreibung der Fahrnisse nur auf die Constatirung ihres Vorhandenseins auf den verpachteten Realitäten ankommt und das Forderungsrecht des Bestandgebers ohnehin in Folge seiner gleichzeitigen Zinsklage auszutragen ist.

Nr. 3046.

Beschränkung der Pfandrechtspränotation auf ein zu einem Familienfideicommiß bestimmtes Gut.

Entsch. v. 21. April 1868, Nr. 3632 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Brünn v. 14. Jänner 1868, Nr. 242, und des O. L. G. Brünn v. 11. Februar 1868, Nr. 1898). G. Z. 1868, Nr. 86.

In der Landtafel ist dem B die Herrschaft X als Eigenthum mit der ausdrücklichen Verpflichtung zugeschrieben, dieselbe zu einem Familienfideicommiß zu widmen. Auf diese Herrschaft begehrte nun A für eine Forderung von 6000 fl. an B die Pfandrechtspränotation, welche von beiden Untergerichten „mit der Beschränkung durch die Verpflichtung der Widmung der Herrschaft zu einem Familienfideicommiß" bewilligt wurde. Gegen diesen Beisatz richtete der Pränotant den außerordentlichen Recurs, worin er ausführte, daß der Eintrag mit der Beschränkung nur durch die Getheiltheit des Eigenthums an der Liegenschaft X gerechtfertigt wäre, diese aber dermalen noch das ungetheilte Eigenthum des Schuldners sei, — daß die Theilung des Eigenthums erst mit der wirklichen Errichtung des Fideicommisses nach vorgängiger Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt eintrete, welch' letztere die vorher erworbenen Rechte dritter Personen nicht alteriren könne, und daß die hier vorliegende Verpflichtung zur Fideicommißerrichtung nur den Besitzer der Liegenschaft, keineswegs aber — so lang die Fideicommißeigenschaft in der Landtafel nicht ausgezeichnet ist — die Tabulargläubiger berühre.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs in Erwägung, daß B nicht das unbeschränkte Eigenthum der Domäne X erworben hat, sondern nur mit der Beschränkung, daß ein Familienfideicommiß daraus errichtet werde, an den Besitz geschrieben wurde und dadurch eventuelle

Rechtsansprüche der zukünftigen Fideicommißinteressenten begründet und auf dem Besitzblatt ausgezeichnet worden sind; daß die Gläubiger des B gegen ihn ein Pfandrecht an X nur soweit erwerben können, als sein Besitzrecht reicht, die eventuellen Rechtsansprüche dritter Personen aber davon unberührt bleiben müssen, weil ein Pfandrechtstitel gegen dieselben nicht vorhanden ist, und daher durch die Art der Bewilligung der Pränotation zu wahren gewesen sind.

Nr. 3047.

Unzulässigkeit der Pfandrechtspränotation auf ein zu einem Familienfideicommiß bestimmtes Grundstück.

Entsch. v. 21. April 1868, Nr. 3634 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Brünn v. 20. Dec. 1867, Nr. 10525, und des O. L. G. Brünn v. 11. Februar 1868, Nr. 1072). G. H. 1868, S. 239.

Das von beiden Untergerichten bewilligte Gesuch des A gegen seinen Schuldner B um Pfandrechtspränotation auf dem Gute des Letzteren wurde vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen abgewiesen: Das Gut ist dem B in der Landtafel nicht unbeschränkt, sondern mit der Verpflichtung, es zu einem Fideicommiß zu widmen, zugeschrieben und kann deshalb dermalen als ein Object der Belastung mit Schulden des B nicht angesehen werden. Der Zweck der beschränkten Eigenthumszuschreibung konnte eben nur sein, die Belastung des Gutes mit Schulden, welche der Fideicommißerrichtung hindernd in den Weg treten würde, hintanzuhalten, und der Tabularrichter durfte weder dieses im öffentlichen Buche ersichtliche Verhältniß unbeachtet lassen, noch auf das einseitige Pränotationsgesuch eines Gläubigers hin über die Rechtswirkung absprechen, welche die der Besitzanschreibung beigesetzte Beschränkung in Bezug auf die in der Bestimmung des Gutes zu einem Familienfideicommiß begründeten Rechte dritter Personen hat.

Nr. 3048.

Anspruch des für eine Proceßpartei auf Verlangen des Gegners bestellten Curators auf Ersatz der Kosten durch Letzteren?

Entsch. v. 22. April 1868, Nr. 3563 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Troppau v. 17. Jänner 1868, Nr. 258, und des O. L. G. Brünn v. 18. Februar 1868, Nr. 1840). G. H. 1868, S. 226.

In dem Proceß der Firma B gegen C pto. Zahlung von 665 fl. wurde der Advocat A auf Einschreiten der Klägerin als Curator des

abwesenden Beklagten aufgestellt und begehrte, nachdem der Proceß entschieden und von der Firma in Folge der Ableistung des ihr aufgetragenen Haupteides gewonnen worden war, die Liquidirung seines Deservits und die Ertheilung des Auftrages an die Firma zur Zahlung. — Das letztere Begehren wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, weil die Bestellung des Curators für den im Auslande wohnenden Beklagten auf dessen Gefahr und Kosten nach §. 391 a. G. O. erfolgte, und nach diesem Gesetze von Amtswegen auch ohne Einschreiten der Klägerin zu geschehen hatte; nach den §§. 398 und 402 ebendort die Partei zum Ersatz der gegnerischen Proceßkosten nur bei der Entscheidung des Rechtsstreites verfällt werden kann und die Ansicht des Gesuchstellers A, daß die Firma B ihm die Kosten der Vertretung des C nur vorschußweise gegen Regreßnahme an den Letzteren zu zahlen hätte, in keinem Gesetze gegründet ist.

Der a. o. Revisionsrecurs des A, worin er geltend machte, daß die Bestellung des Curators im Interesse der Firma B, die sonst nicht zu ihrem Rechte gekommen wäre, im Sinne des §. 276 a. b. G. B. („wenn die Rechte eines Anderen in ihrem Gange gehemmt würden") geschehen sei, der Firma somit nach §. 1041 ebendort die Berichtigung der Vertretungskosten vorbehaltlich ihres Regresses gegen den Curanden obliege, — daß wenn umgekehrt der Curator an den Vertretenen angewiesen wird, die Bestellung, entgegen dem §. 391 a. G. O. auf seine, des Curators, Kosten geschehen sein würde, und daß der oberste Gerichtshof einen ähnlichen Fall im Sinne des Recurses entschieden habe (Entsch. v. 23. Juli 1867, Nr. 6333, s. Nr. 2828 der Sammlung), wurde in Erwägung, daß ein Gesetz, welches ausdrücklich den Gegner des Streittheiles, für welchen der Curator bestellt wurde, zum Ersatze der Kosten der Curatel verpflichtet, nicht besteht, somit in den untergerichtlichen Entscheidungen eine Nichtigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit nicht zu erkennen ist, in dritter Instanz verworfen.

Nr. 3049.

Voraussetzungen der Besitzstörung.

Entsch. v. 22. April 1868, Nr. 3670 (Best. des Decr. des B. G. Senftenberg v. 9. Dec. 1867, Nr. 5989, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 22. Jänner 1868, Nr. 1943). G. H. 1868, S. 226.

Die Besitzstörungsklage des A wider B wurde in dritter Instanz aus folgenden Gründen abgewiesen: Abgesehen davon, daß die vom Kläger incriminirte Handlung des Beklagten sich deshalb nicht als eine Besitzstörung darstellt, weil bei der offenen Erklärung des Letzteren, keinerlei Besitzergreifung zu beabsichtigen, eine Beeinträchtigung des Besitzes des Klägers nicht vorhanden ist (§. 2 der kais.

Verordnung vom 27. October 1848, R. G. Bl. Nr. 12, und §. 339 a. b. G. B.) und daß nicht jede vorübergehende Verletzung der Eigenthumsrechte sogleich als Besitzstörung aufgefaßt werden kann, — wurde die Besitzstörung, welche darin bestanden hätte, daß B aufgeackertes Erdreich auf die Wiese des A werfen und auf der Letzteren in der Absicht fahren ließ, um den Theil der Wiese, auf welchen die aufgeackerte Erdkrume geworfen wurde, zu seinem Acker später zuackern zu können, vom Kläger nicht bewiesen, da er selbst zugab, daß der Knecht des B es gethan habe, ohne einen Beweis dafür zu erbringen, daß derselbe im Auftrage oder mit Genehmigung seines Herrn gehandelt habe.

Nr. 3050.

Ernennung eines „Abhandlungspflegers" im mütterlichen Testament.

Entsch. v. 22. April 1868, Nr. 4003 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 4. Februar 1868, Nr. 6241, und des O. L. G. Wien vom 3. März 1868, Nr. 4153). Zeitschr. f. d. österr. Notariat 1868, Nr. 28.

Nach dem Tode der M, welche in dem Testamente ihre minderjährigen Kinder als Erben eingesetzt und den Notar A „als Abhandlungspfleger" bestimmt hatte, bevollmächtigte der Vater und gesetzliche Vertreter der Erben zur Abhandlungspflege den Notar B, welcher nach der inzwischen vollzogenen Todesfallaufnahme, Testamentseröffnung und der Errichtung des Nachlaßinventars sein Mandat dem Abhandlungsgericht zur Kenntnißnahme vorlegte. Das Gericht gab ihm darauf den Bescheid, „daß er mit dem testamentarisch berufenen und als solchen bestellten Abhandlungspfleger, Notar A, gemeinschaftlich die weiteren Vorkehrungen zur Abhandlungspflege zu treffen habe." Dagegen ergriff B als Mandatar des Vaters der Erben den Recurs, mit welchem er abgewiesen wurde.

Ebenso verwarf der oberste Gerichtshof den a. o. Revisionsrecurs des B mit folgender Motivirung: Nachdem die Erblasserin M in ihrem Testamente den Notar A als Abhandlungspfleger ausdrücklich bestimmt und nicht blos gewünscht hat, und nach §. 149 a. b. G. B. auch befugt gewesen wäre, den Vater der von ihr eingesetzten minderjährigen Erben von der Verwaltung des Erbvermögens ganz auszuschließen, sind die untergerichtlichen Entscheidungen vollkommen im Recht begründet.

Nr. 3051.

Rangordnung der Pfandrechte an Depositen.

Entsch. v. 29. April 1868, Nr. 3971 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Landstraße in Wien v. 12. Dec. 1867, Nr. 20594, und des O. L. G. Wien v. 18. März 1868, Nr. 1506). G. Z. 1868, Nr. 78.

Nachdem A beim Handelsgerichte in Wien wider die Verlassenschaft des M die executive Pfändung des deponirten Nachlasses erwirkt hatte, wurde vom B. G. Landstraße als Abhandlungsinstanz mit Verordnung vom 20. Jänner dem Depositenamte der Vollzug der Pfändung aufgetragen und dieselbe am 31. Jänner in dem Depositenbuche ausgezeichnet. Als aber später A um Erfolglassung einschritt, verlangte B, welcher am 19. Jänner beim Handelsgerichte auch die Pfändung des Nachlasses des M erwirkt hatte, daß der noch deponirte Betrag zwischen A und ihm nach Verhältniß ihrer Forderungen getheilt werde, weil die von ihm erwirkte Pfändung, in Folge Auftrages der Abhandlungsinstanz vom 23. Jänner, zugleich mit jener des A, nämlich auch am 31. Jänner im Depositenbuche eingetragen worden war, daher gleiches Recht mit selber genießt.

Allein in allen drei Instanzen wurde dem A das Vorrecht zuerkannt und die Erfolglassung des ganzen Depositums an ihn bewilligt. Die Gründe des obersten Gerichtshofes dafür waren: daß die Verfügung nicht nur der Anordnung des §. 4 der Min.-Vdg. vom 2. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 120, nach welcher bei gerichtlich deponirten Vermögenschaften das einer Partei durch gerichtliche Bewilligung zugesprochene Recht schon von dem Zeitpunkte an, wo das Gesuch um diese gerichtliche Verfügung bei dem Gerichte, in dessen Verwahrung sich das Depositum befindet, angebracht worden ist, erworben wird, und nur dann, wenn Gesuche um gerichtliche Verfügung in Ansehung eines Depositums von verschiedenen Personen gleichzeitig bei Gericht angebracht worden wären, das der Bewilligung entsprechende Recht allen diesen Personen unter sich von der gleichen Zeit an zuzukommen hat, sondern auch den in Ansehung der Pfändung gerichtlicher Depositen überhaupt bestehenden und im §. 5 der gedachten Min.-Vdg. im Allgemeinen aufrecht erhaltenen Vorschriften entspricht, nach welchen für die Wirksamkeit einer vom Gerichte zu Gunsten verschiedener Parteien angeordneten und vom Depositenamte in Vollzug gesetzten Pfändungsvormerkung in Ansehung der Frage der Priorität nicht der Tag der Zustellung des Auftrages an das Depositenamt, oder der Tag des Vollzuges von Seite der letzteren, sondern nur der Tag des Einlangens des betreffenden Gesuches beim Gerichte, und rücksichtlich der Tag der gerichtlichen Bewilligung als maßgebend angesehen werden kann, wie sich dies auch daraus ergibt, daß überhaupt in Bezug auf die Anmerkung eines Verbotes, Pfandrechtes, Einantwortung u. dgl. bei einem Depositum, nach §. 51 der Instruction

für das Wiener Civilgerichts-Depositenamt (Ministerialverordnung vom 17. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 144) für das Depositenamt nur der von dem zuständigen Gerichte erlassene Auftrag maßgebend ist; daß weiters die Ministerialverordnung vom 9. Mai 1860, R. G. Bl. Nr. 125, speciell nur das Verfahren, welches im Falle eines Verbotes oder einer Executionsführung auf eine Jemandem wider das Aerar oder einen öffentlichen Fonds zustehende Forderung stattzufinden hat, normirt, folglich auf den gegenwärtigen Fall nicht anwendbar ist; daß endlich das Gesuch des A bereits am 20. Jänner bei dem zur Verfügung über das fragliche Depositum competenten Gerichte angebracht und von diesem an demselben Tage bewilligt worden, dagegen das Einschreiten wegen Vormerkung der dem B bewilligten executiven Pfändung erst am 23. Jänner an das zur Verfügung mit dem Depositum zuständige Gericht gelangt und von diesem die Vollzugsverordnung auch erst am 23. Jänner erlassen worden ist.

Nr. 3052.

Excindirungs- oder Oppositionsklage?

Entsch. v. 29. April 1868, Nr. 4090 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des L. G. Brünn v. 10. Jänner 1868, Nr. 142 und des O. L. G. Brünn v. 10. März 1868, Nr. 2988). G. H. 1868, S. 222. G. Z. 1868, Nr. 85.

Gegen die Eheleute B, denen die executive sicherstellungsweise Pfändung einer für Rechnung ihres Schuldners A bei X niedergelegten Geldsumme durch rechtskräftige gerichtliche Verordnung bewilligt worden war, trat A mit einer Klage auf, worin er mit Bezugnahme auf das noch vor der Execution über sein Vermögen eingeleitete Ausgleichsverfahren, in Folge dessen die von den Beklagten gepfändete Baarschaft zur Befriedigung seiner Ausgleichsgläubiger bestimmt sei, das Begehren stellte, daß die Execution auf besagtes Geld für nichtig erklärt und das Recht der Beklagten, daraus ihre Befriedigung zu holen, denselben abgesprochen werde. — Beide Untergerichte haben die Kläger a limine abgewiesen, welche sich nicht als eine Excindirungsklage im Sinne des Justizhofdecretes vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889, darstellte, sondern unter die Norm des Hofdecr. vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, falle, wonach die Klage, da sie nicht auf einem dem Urtheile nachgefolgten Erlöschungsgrunde beruht, als unzulässig von Amtswegen zu verwerfen sei.

Auf den Recurs des A wurde vom obersten Gerichtshofe die gesetzliche Erledigung der Klage mit Abstandnahme von dem obigen Abweisungsgrunde in der Erwägung verordnet, daß der Zweck der Klage darauf gerichtet ist, daß die bei X deponirte Geldsumme kein

Gegenstand der von den Beklagten erwirkten Execution sei, weil sie unter der Beschränkung des §. 39 des Gesetzes über das Ausgleichsverfahren vom 17. December 1862, R. G. Bl. Nr. 97, falle; daß damit die Ausscheidung eines Vermögensobjectes aus der den Beklagten verfangenen Executionsmasse aus dem Grunde angestrebt wird, weil dasselbe nicht mehr dem Schuldner A gehört, daß mithin die angebrachte Klage in der That eine Excscindirungsklage und als solche nicht nach dem Gesetze vom 22. Juni 1836, sondern nach jenem vom 29. Mai 1845 zu beurtheilen ist, folglich die Zurückweisung derselben von Amtswegen nicht gerechtfertigt erscheint.

Nr. 3053.

Active Sachlegitimation: Abtretung der eingeklagten Forderung während des Processes.

Entsch. v. 30. April 1868, Nr. 2926 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 2. Oct. 1866, Nr. 41272 und des O. L. G. Wien v. 11. Dec. 1867, Nr. 10284). G. Z. 1868, Nr. 78.

A belangte am 25. Mai 1864 den B auf Zahlung einer Forderung von 1650 fl. In der Duplik brachte jedoch Beklagter eine ihm gerichtlich zugekommene Verständigung bei, daß die fragliche Forderung mit Urkunde vom 9. November 1864 an C abgetreten worden sei, und erhob auf Grund dessen die Einwendung, daß er zur Zahlung an den Kläger, der nicht mehr der Eigenthümer sei, nicht mehr verpflichtet erscheine. Kläger machte dagegen geltend, daß er in der Cession an C sich verpflichtet habe, den anhängigen Rechtsstreit auf seinen Namen und seine Kosten bis zur endgiltigen Entscheidung fortzusetzen, was C auch angenommen habe.

Alle drei Instanzen haben die Klage abgewiesen. Gründe des obersten Gerichtshofes: Wenn auch im Allgemeinen die Berechtigung des Klagbegehrens nach dem Zeitpunkte der Klage zu beurtheilen ist, kann doch die Berücksichtigung erst im Laufe des Processes eingetretener, die Sachlage verändernder Thatsachen bei der Urtheilsfällung nur insoweit ausgeschlossen sein, als dies eben aus den Proceßnormen sich ergibt, und es hätte in dem Hofdecr. vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, die Oppositionsklage nicht auf den Fall einer dem Urtheile nachgefolgten Thatsache beschränkt werden können, wenn die Erlöschung des Klagrechtes durch eine zwischen Klage und Urtheil eingetretene Thatsache bei der Urtheilsfällung gar nicht berücksichtigt werden durfte. In so vielfacher Beziehung auch der Zeitpunkt der Klage entscheidend und maßgebend ist, so ist doch im Urtheile, soweit es sich um eine dem Beklagten aufzuerlegende

Leistung handelt, nur auszusprechen, was er schuldig ist, und so wenig es eines neuen Processes bedarf, wenn irgend ein zur Zeit der Klage dem Klagbegehren entgegengestandener Mangel im Laufe der Verhandlung sich behoben hat, so wenig kann eine im Laufe des Processes eingetretene und gehörig geltend gemachte Thatsache, wodurch die Berechtigung des Klägers erloschen ist, bei der Urtheilsfällung unberücksichtigt bleiben, wenn darüber bereits im Processe verhandelt worden ist. Im vorliegenden Falle ergibt sich aus der betreffenden Duplikbeilage und wurde auch vom Kläger in der Schlußschrift zugegeben, daß der Kläger die eingeklagte Forderung nach der vom Beklagten erstatteten Einrede an C abgetreten hat, welcher den Beklagten davon gerichtlich verständigen ließ. Wenn nun auch aus dieser Verständigung zu ersehen ist, daß C dem Kläger die weitere Durchführung des wegen der cedirten Forderung bereits anhängig gewesenen Rechtsstreites überlassen hat, so berechtigte dies doch den Kläger nur, im Interesse des C den Proceß fortzuführen und für C die Zahlung zu begehren, was er aber nicht gethan, da er noch in der Schlußschrift das Begehren, der Beklagte habe ihm die eingeklagten 1650 fl. c. s. c. zu bezahlen, aufrecht erhalten hat, während doch in Folge der Abtretung die Forderung dem Kläger nicht mehr zusteht, und der von der Cession verständigte Schuldner nicht mehr dem Cedenten zahlen darf, wenn dieser zur Empfangnahme der Zahlung vom Cessionar nicht ausdrücklich bevollmächtigt ist, was im vorliegenden Falle vom Kläger gar nicht behauptet wird.

Nr. 3054.

Unzulässigkeit der Verweigerung des Zeugnisses zum ewigen Gedächtniß wegen unmittelbarem Interesse.

Entsch. v. 5. Mai 1868, Nr. 4157 (Best. des das Decr. des B. G. Haag v. 3. März 1868, Nr. 714, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 28. März 1868, Nr. 5762). G. Z. 1868, Nr. 67. G. H. 1868, S. 286.

A überreichte wider B ein Gesuch um Abhörung von zwei Zeugen zum ewigen Gedächtnisse. Nach erfolgter Bewilligung desselben begehrte der eine von den zu verhörenden Zeugen, von der Verpflichtung über das Gesuch des A eine Zeugenschaft zum ewigen Gedächtnisse abzulegen, enthoben zu werden. — Die erste Instanz gab seinem Begehren statt, weil es sich vorliegend um einen Parteien- und nicht um einen Zeugeneid handeln würde. — Das O. L. G. wies das Einschreiten des Zeugen zurück, da die Verpflichtung zur Zeugenschaft eine allgemeine ist, der sich Niemand entschlagen dürfe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil dem Zeugen ein Recursrecht gegen die Zulassung eines

Zeugenbeweises nicht zusteht und der §. 160 a. G. O. Jeden, der zur Zeugenschaft gefordert wird, zur Ablegung seines Zeugnisses (wenn es sich nicht um einen durch das Gesetz ausdrücklich ausgenommenen Gegenstand handelt), verpflichtet, und zwar wie der Abs. d des §. 141 der a. G. O. zeigt, ohne Rücksicht, ob er selbst aus dem Ausgange des Processes unmittelbar oder mittelbar Schaden oder Nutzen zu erwarten habe oder nicht.

Nr. 3055.

Antrag auf eidliche Vernehmung der Zeugen eines mündlichen Testamentes: Unzulässigkeit der Ablehnung dieses Antrages, weil ein mündliches Testament nicht vorliege.

Entsch. v. 5. Mai 1868, Nr. 4260 (Best. des Decr. des B. G. Haag v. 21. Dec. 1867, Nr. 2745, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 4. Februar 1868, Nr. 2018). G. H. 1868, S. 413.

Nachdem die Zeugen des schriftlichen Testamentes der M im Abhandlungswege auf Einschreiten des darin als Nacherben berufenen B, welcher wegen Mängel der letztwilligen Anordnung dieselbe als Nuncupativtestament aufrecht zu erhalten suchte, verhört worden waren, wurde von dem Intestaterben A die Klage auf Ungiltigkeit des Testamentes als schriftliches Testament und Unwirksamkeit desselben als Nuncupativtestament angestellt und während dieses Processes von B die eidliche Vernehmung der Zeugen im Wege des nicht streitigen Verfahrens begehrt. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch hat das O. L. G. abgewiesen, weil nach §. 66 des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, nur die eidliche Vernehmung der Zeugen einer mündlichen letztwilligen Anordnung zulässig sei, als welche die letztwillige Verfügung der M nicht angesehen werden könne.

In Erwägung, daß das Protokoll der (vor dem Processe stattgefundenen) Zeugenvernehmung nach §. 65 des citirten Gesetzes kundgemacht, bei Gericht als Act der Erhebung eines mündlichen letzten Willens im Documentenkasten hinterlegt, hievon sämmtliche Interessenten, namentlich auch der Intestaterbe A verständigt und von keiner Seite dagegen Einspruch erhoben worden ist; daß somit nach §. 66 ebendort allerdings von den Interessenten auch die eidliche Einvernehmung der Zeugen außer dem Wege des Civilprocesses begehrt werden kann; daß B, wenngleich dermalen nicht als Erbe, sondern nur als Erbschaftsanwärter zu betrachten ist, auch als solcher berechtigt erscheint, die Ergänzung des Testamentserhebungsactes im officiösen Wege zur möglichsten Feststellung der Grundlagen seiner Anwartschaft zu verlangen; daß die Frage, ob durch jenes Zeugenverhör eine

giltige mündliche letztwillige Anordnung constatirt werden könne, hier nicht zu erörtern und zu entscheiden ist; daß durch den begehrten officiösen Act in Gemäßheit des §. 67 des citirten Patentes die processualischen Rechte des A in Betreff der Anfechtung des letzten Willens und die Constatirung von Mängeln desselben nicht beirrt werden, anderentheils aber das Schweben des von ihm eingeleiteten Civilprocesses die Ergänzung des officiösen Actes auch nicht hindern kann, hat der oberste Gerichtshof die Entscheidung der ersten Instanz bestätigt.

Nr. 3056.

Unzulässigkeit des Mandatverfahrens im Falle des Versprechens der Zahlung „nach Möglichkeit".

Entsch. v. 5. Mai 1868, Nr. 4330 (Best. des das Decr. des B. G. Brandeis v. 15. August 1867, Nr. 4802, aufheb. Decr. des O. L. G. Prag vom 31. Dec. 1867, Nr. 38044). G. Z. 1868, Nr. 88.

Als Käufer einer Liegenschaft hat B in der Kaufsurkunde sich verpflichtet, den nicht entrichteten Kaufschillingsrest von 2027 fl. „nach Möglichkeit" zu zahlen. Der Verkäufer cedirte schriftlich diese Forderung dem A, welcher unter Vorlage beider Urkunden den B mit der Mandatsklage belangte und in erster Instanz den Befehl zur Zahlung der 2027 fl. in der That erwirkte.

In zweiter und dritter Instanz hingegen wurde mit Aufhebung des Zahlungsbefehles die Einleitung des contradictorischen Verfahrens über die Klage angeordnet, weil nach der vorgelegten Urkunde, worin B die Zahlung „nach Möglichkeit" versprach, seine Schuld noch nicht fällig ist und der Zahlungstermin nach §. 904 a. b. G. B. erst vom Richter festgesetzt werden muß, mithin die Urkunde nicht so beschaffen ist, daß auf dieselbe gemäß Ministerialverordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, vom Gerichte sofort die Zahlungspflicht ausgesprochen werden kann.

Nr. 3057.

Anspruch des Curators auf Ersatz seiner Expensen durch die Gegenpartei, auf deren Antrag er bestellt ward?

Entsch. v. 5. Mai 1868, Nr. 4341 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 10. Dec. 1867, Nr. 63930, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 25. Februar 1868, Nr. 1597). G. Z. 1869, Nr. 4.

Die erste Instanz hatte den Kläger, obgleich im Processe die Kostencompensation ausgesprochen war, zur Bezahlung der Kosten

verhalten, deren Ersatz der auf sein Verlangen der abwesenden Beklagten bestellte Curator in Anspruch nahm. Die beiden höheren Instanzen zählten ihn hievon los.

Gründe der dritten Instanz: Die wider die Beklagte mit dem ordentlichen Wohnsitze in Wien gerichtete Klage konnte im ordentlichen Wege nicht zugestellt werden, weil die Belangte zur Zeit der Zustellungsversuche von ihrer Wohnung abwesend und nicht zu finden und ihre Zurückkunft unbestimmt war, und dieselbe auch nicht von ihrem jeweiligen Aufenthaltsorte Kunde zurückgelassen oder gegeben, noch einen Bevollmächtigten ernannt hatte. Wenn in einem solchen Falle ein Curator zu bestellen ist, so geschieht diese Bestellung nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 391 a. G. O. auf Gefahr und Unkosten der abwesenden Partei, und die Verpflichtung zu einem diesfälligen Vorschusse kann sich nach der Analogie der im Schlusse des §. 389 a. G. O. enthaltenen Bestimmungen nur auf die Kosten des die gerichtliche Zustellung vertretenden Actes der Kundmachung des Edictes erstrecken, aber nicht auch auf Gebühren der Vertretung der Gegenpartei ausdehnen, wofür im Gesetze kein Anhaltspunkt geboten ist.

Nr. 3058.

Relicitation auf Verlangen anderer Gläubiger außer dem Executionsführer.

Entsch. v. 5. Mai 1868, Nr. 4411 (Best. des das Decr. des B. G. Smichow v. 5. Juni 1867, Nr. 7212, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 29. Oct. 1867, Nr. 30617). G. H. 1868, S. 277.

Der oberste Gerichtshof entschied: Das Recht, die Relicitation der executiv feilgebotenen Liegenschaft zu begehren, steht in dem Falle des §. 338 a. G. O. nicht nur dem Executionsführer, sondern überhaupt jedem Gläubiger zu, in Bezug auf welchen die bedungene Zahlungsfrist nicht beobachtet worden ist, weil das Meistgebot den Fonds zur Befriedigung der Tabulargläubiger nach Maßgabe der rechtskräftigen Meistgebotsvertheilung bildet und jeder zur Zahlung gelangende Tabulargläubiger dieselbe allsogleich zu fordern berechtigt ist, da nach §. 339 a. G. O. das Gut dem Ersteher nicht früher in das Eigenthum übergeben werden darf, als nachdem er den ganzen Kaufschilling erlegt oder mit den Theilnehmern dieserwegen sich sonst verstanden hat.

Nr. 3059.

Competenz zur Abhandlung des Nachlasses eines Bergwerkbesitzers.

Entsch. v. 5. Mai 1868, Nr. 4508 (Best. des Decr. des B. G. Aussig v. 16. Februar 1868, Nr. 808, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 10. März 1868, Nr. 6998). G. H. 1868, S. 275.

Die Einsprache eines Erben des Bergrealitäten-Besitzers M gegen die Abhandlung der Verlassenschaft durch das B. G. Aussig, in dessen Sprengel M (in Türnitz) den Wohnsitz hatte, wurde von dem B. G. zurückgewiesen, weil für die Verlassenschaft eines Bergwerksbesitzers eine Ausnahme von der Regel des §. 77 der J. N. (Competenz des B. G. des Wohnsitzes des Verstorbenen) nicht festgesetzt ist, indem die Vorschrift des §. 78 ebendort wegen der darin enthaltenen Berufung auf §. 49, lit. a und b (nicht auch lit. c) der J. N. nur bei land- und lehentäflichen und jenen Gütern Anwendung hat, die im Umkreise von Städten mit einem Gerichtshofe erster Instanz gelegen sind. — Das O. L. G. hingegen sprach die Competenz des K. G. Leitmeritz aus; denn — so die Motive — da zu dem Nachlasse des in Türnitz, d. i. im Bezirke des K. G. Leitmeritz verstorbenen M auch Bergrealitäten gehören, worüber die Bücher beim K. G. Brüx geführt werden, so steht die Abhandlung der Verlassenschaft nach §. 78 J. N. dem Gerichtshofe erster Instanz zu, in dessen Bezirk der Verstorbene den Wohnsitz hatte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung mit Wiederholung der Gründe der ersten Instanz.

Nr. 3060.

Unzulässigkeit der sofortigen Abweisung des Gesuches um Zulassung zur Legung von Neuerungen in der Schlußschrift.

Entsch v. 5. Mai 1868, Nr. 4551 (Best. des Decr. des H. G. Wien v. 24. Februar 1868, Nr. 17814, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 10. März 1868, Nr. 4773). G. H. 1869, S. 11.

Das Gesuch des Klägers um Bewilligung des Anbringens von Neuerungen in der Schlußschrift, auf welches die erste Instanz Tagfahrt zur Verhandlung angeordnet hatte, wurde vom O. L. G. a limine abgewiesen, weil Neuerungen, die zur Entkräftung der Neuerungen der Duplik dienen sollen, nach §. 57 a. G. O. zulässig sind, ohne daß es erst einer Verhandlung darüber bedarf, Neuerungen aber, die diesen Zweck nicht haben, jedenfalls unzulässig sind und daher eine Verhandlung über das Anbringen solcher Neuerungen als unstatthaft erscheint.

In Erwägung, daß die Bitte des Klägers um die Bewilligung des Anbringens von neuen Umständen und Beweismitteln, die zur Entkräftung der Duplikneuerungen dienen sollen und, behufs dieser Bewilligung, um Anberaumung einer Tagfahrt zur Anhörung des Gegners, als eine offenbar gerichtsordnungswidrige nicht angesehen werden kann, daher auch nicht von Amtswegen zurückzuweisen war, umsoweniger, als der Partei selbst dann, wenn sie nach dem Gesetze der Bewilligung des Anbringens der Neuerungen nicht bedarf, das Ansuchen um die Bewilligung nicht verwehrt werden und das für den Fall des Einspruches des Gegners von ihr begehrte Erkenntniß wesentlich sein Substrat nur in der auf das Begehren gepflogenen Verhandlung finden kann, hat der oberste Gerichtshof die erstgerichtliche Verordnung bestätigt.

Nr. 3061.

Formlosigkeit des schenkungsweisen Erlasses. Giltigkeit des zwischen den Eltern eines unehelichen Kindes über die Alimentenzahlung ohne vormundschaftliche Genehmigung geschlossenen Erlaßvertrages.

Entsch. v. 6. Mai 1868, Nr. 2147 (Best. des das Urth. des B. G. Völkermarkt v. 10. März 1867, Nr. 1078, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 18. Sept. 1867, Nr. 8648). G. H. 1868, S. 262.

Der oberste Gerichtshof erklärte 1. daß der mündliche Vertrag, in welchem die Mutter eines unehelichen Kindes dem Vater desselben die Zahlung der urtheilsmäßigen Alimente erließ, weder der Zustimmung des Vormundes noch der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu seiner Giltigkeit bedurfte, weil dadurch das Kind in seinem Rechte, vom Vater die Verpflegung zu fordern, nicht beeinträchtigt werden konnte; und 2. daß dieser Erlaß, obgleich eine Schenkung zur Klagbarkeit auch nicht die Errichtung einer Urkunde erheischte, weil der §. 943 a. b. G. B. eine Schenkung voraussetzt, welche durch die Uebergabe der geschenkten Sache realisirt wird, bei der Verzichtleistung auf ein Recht aber die Uebergabe wegfällt, weshalb der §. 1444 ebendort die Verbindlichkeit des Schuldners durch die Entsagung des Berechtigten für aufgehoben erklärt, ohne den Verzicht an eine bestimmte Form zu knüpfen.

Nr. 3062.

Schenkung auf den Todesfall: Erforderniß der schriftlichen Annahme.

Entsch. v. 6. Mai 1868, Nr. 3477 (Best. des Urth. des B. G. Strigno v. 12. Nov. 1867, Nr. 4602, Abänd. des Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 22. Jänner 1868, Nr. 118). G. Z. 1868, Nr. 74.

A begehrte mit Klage gegen die Testamentserben des M die Anerkennung einer von M zu seinen Gunsten schriftlich errichteten Immobilienschenkung mortis causa und die Ungiltigerklärung des später errichteten Testamentes, soweit dasselbe den Gegenstand der Schenkung umfaßt. Die Beklagten bestritten die Giltigkeit der Schenkung aus dem Grunde, weil die Schenkungsurkunde nicht die Annahmeerklärung des Donatars A enthält, die ebenfalls in schriftlicher Form erfolgt und in der Schenkungsurkunde selbst aufgenommen sein müsse, damit die Schenkung als wirksamer Vertrag angesehen werden könne (§. 956 a. b. G. B.). Der Kläger behauptete dagegen, daß desfalls die formlose Annahme genügt habe, welche von ihm in der That — stillschweigend (durch schlüssige Handlungen §. 863 a. b. G. B.) — damit erklärt worden sei, daß er sich die Schenkungsurkunde sofort von dem Aussteller M übergeben und bald darauf in dem öffentlichen Buche (Verfachbuche) registriren ließ. — Das Gericht erster Instanz hat der Einwendung der Beklagten stattgegeben und demnach den Kläger abgewiesen, wogegen das O. L. G., den Ausführungen des Letzteren beitretend, das Klagbegehren zuließ.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil in Erwägung, daß der Schlußsatz des §. 956 a. b. G. B. nach seiner klaren Fassung eben einen der im §. 883 a. b. G. B. erwähnten im Gesetze bestimmten Fälle enthält, bei welchen die schriftliche Vertragsform als Erforderniß der Giltigkeit und Rechtswirksamkeit des Vertrages selbst als festgesetzt erscheint, woraus sich dann in Hinblick auf die Bestimmungen der §§. 861 und 884 a. b. G. B. von selbst ergibt, daß bei einer Schenkung auf den Todesfall, damit sie als Vertrag gelten und als wirklich abgeschlossen angesehen werden kann, sowohl der Geschenkgeber wie auch der Geschenknehmer die schriftliche Vertragsurkunde unterzeichnen müssen und die im §. 956 a. b. G. B. als Erforderniß der Giltigkeit des Vertrages festgesetzte ausdrückliche Erklärung der Annahme seitens des Beschenkten in der Urkunde selbst enthalten sein muß; daß demgemäß bei einem Vertrage über eine Schenkung auf den Todesfall eine stillschweigende Willenserklärung im Sinne des §. 863 a. b. G. B. sich als ganz unzulässig darstellt.

Nr. 3063.

Execution auf die freie Hälfte einer Beamtenpension zur Einbringung von Alimenten der geschiedenen Gattin.

Entsch. v. 6. Mai 1868, Nr. 4563 (Best. des Decr. des L. G. Brünn v. 3. März 1868, Nr. 1710, Abänd. des Decr. des O. L. G. Brünn vom 26. März 1868, Nr. 3708). G. H. 1868, S. 258.

Gegen den quiescirten k. k. Beamten B, dessen Pension von den Gläubigern zur Hälfte bereits in Beschlag genommen ist, begehrte dessen Gattin A, welche durch sein Verschulden von ihm geschieden ist, die executive Einantwortung der anderen Pensionshälfte für ihre urtheilsmäßige Alimentenforderung. — Die erste Instanz bewilligte das Gesuch vollständig, das O. L. G. nur für den vierten Theil der Pension, weil B bei Zulassung der Execution auf die ganze zweite Pensionshälfte aller Subsistenzmittel beraubt sein würde und weil die A, wenn sie mit ihm vereint leben würde, auf die von den Gläubigern freigelassene Pensionshälfte gemeinschaftlich mit ihrem Ehegatten angewiesen wäre, geschieden aber, nicht besser gestellt werden darf. — B ergriff den a. o. Recurs und die A recurrirte gegen die obergerichtliche Abänderung.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs des B aus folgenden Gründen: „Die Hofdecrete vom 16. Jänner 1786, Nr. 518, vom 14. März 1788, Nr. 796, und vom 15. Mai 1818, Nr. 1455 der J. G. S., wonach die Pensionen der Staatsbeamten nur bis zur Hälfte mit Verbot oder Execution belegt werden dürfen, können auf den gegenwärtigen Fall, wo es sich um die executive Hereinbringung der urtheilsmäßigen Alimentenforderung der aus Verschulden des Gatten geschiedenen Ehefrau handelt, nicht in beschränkender Weise zur Anwendung gebracht werden, da selbst die der Execution ganz entzogenen Besoldungen activer Staatsbeamten nach den Hofdecreten vom 19. April 1799, Nr. 467, vom 14. September 1805, Nr. 748, vom 19. November 1819, Nr. 1626, und vom 30. November 1844, Nr. 850 der J. G. S., ohne Beschränkung auf ein bestimmtes Maß zu Gunsten der Unterhaltsansprüche der Frau und der Kinder der Execution unterliegen und diese Aufhebung der Schranken der vollen Execution per analogiam auch bei den Pensionen der Staatsbeamten Anwendung findet, umsomehr, als die letzteren doch der Execution überhaupt nicht entzogen sind und die Execution derselben nur den eigentlichen Gläubigern gegenüber beschränkt ist und das gesetzliche Motiv der Aufhebung des Verbotes der Execution zu Gunsten der erwähnten Alimente, daß nämlich der Ehemann und Vater die im natürlichen und positiven Rechte begründeten Pflichten erfülle, auch bei dem pensionirten Staatsbeamten in vollem Maße eintrifft.“ Dagegen hat der oberste Gerichtshof dem Recurse der A stattgegeben und die erstgerichtliche Entscheidung bestätigt. Gründe: Die obergerichtliche

Beschränkung der Executionsbewilligung auf den vierten Theil der Pension ist gesetzlich nicht gerechtfertigt, weil auch die Execution der Gehalte von Staatsbeamten für die in Rede stehenden Alimente nicht auf ein gewisses Maß gesetzlich beschränkt, bei Ausmessung der Alimente der A auf die Leistungsfähigkeit des B und auf §. 91 a. b. G. B. ohnehin schon Rücksicht genommen worden ist, und die Gattin bei der Realisirung ihrer mit diesen Rücksichten bemessenen Unterhaltsansprüche nicht noch mehr dadurch beschränkt werden kann, daß eine Pensionshälfte bereits mit Schulden des Ehegatten belastet ist.

Nr. 3064.

Res judicata: Einfluß der Entscheidung über die Zinsen auf den Streit über die Capitalsforderung.

Entsch. v. 7. Mai 1868, Nr. 3231 (Best. des Urth. des B. G. Ebreichsdorf v. 6. Mai 1867, Nr. 523, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 27. Nov. 1867, Nr. 21829). G. Z. 1868, Nr. 66. G. H. 1869, S. 14.

Auf dem Hause der Eheleute Josef und Theresia A haftete zu Gunsten des B ein Darlehenscapital von 5250 fl. sammt Anhang. B klagte gegen beide Schuldner die Jahreszinsen seit 7. December 1863 ein, und auf die Einwendung der A, nur 4600 fl. empfangen zu haben, wurde der Zuspruch der Zinsen von den streitigen 650 fl. von einem, dem Josef A darüber, daß ihm auf dem intabulirten Schuldschein vom 7. December 1863 nicht 5250 fl., sondern nur 4600 fl. zugezählt wurden, aufgetragenen Haupteide abhängig gemacht, den Josef A auch ablegte. Nun traten Josef und Theresia A als Kläger auf und begehrten die Löschung des Pfandrechtes für 650 fl. Capital nebst Zinsen, indem sie sich auf das frühere Urtheil beriefen. — Die erste Instanz hat diesem Begehren stattgegeben, weil der Gegenbeweis über die darlehensweise Zuzählung von blos 4600 fl. auf den fraglichen Schuldschein durch den nach dem im früheren Streite ergangenen Urtheile abgelegten Eid erbracht worden sei. — Vom O. L. G. wurde das Begehren abgewiesen, weil das frühere Urtheil dafür, daß die Darlehensrestforderung per 650 fl. nicht zu Recht besteht, keinen Beweis herzustellen geeignet ist, indem das Motiv, welches einem Ausspruche zu Grunde liegt, oder ein diesfalls und darauf abzielender abgeführter Beweis nicht auch als ein Beweis in einem anderen Processe betrachtet werden kann, und der Beweis im früheren Processe, in welchem die Frage wegen der Interessenzahlung zu lösen war, nur für jenen Proceß entscheidend maßgebend und von Wirkung ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: Es ist nicht blos ein Motiv zu dem

Urtheile oder der Klage, sondern ergibt sich schon aus jenem Spruche selbst, daß die Frage, ob eine 4600 fl. übersteigende Darlehensschuld der jetzigen Kläger bestehe, durch den dort zugelassenen Haupteid des jetzigen Klägers Josef A, welchen derselbe sohin auch abgelegt hat, entschieden wird. Wenn es sich auch in jenem Processe unmittelbar um die Zinsen handelte, war doch in der Wesenheit die Frage, ob das Darlehenscapital, von welchem die Zinsen gefordert wurden, 5250 fl. oder nur 4600 fl. betrage, der Gegenstand der Entscheidung, und diese Frage ist nun zwischen den jetzigen Klägern und dem Beklagten bereits dahin entschieden, daß nur eine Darlehensforderung des Beklagten per 4600 fl. bestehe, woraus sich von selbst ergibt, daß die Satzpost per 5250 fl. mit dem Mehrbetrage von 650 fl. indebite hafte und zu löschen sei. Die Anordnung des §. 12 a. b. G. B. steht diesem Erkenntnisse nicht entgegen, weil es sich nicht um einen zwischen anderen Streittheilen entschiedenen Fall oder ein anderes zwischen den gegenwärtigen Streittheilen festgestelltes Rechtsverhältniß handelt, sondern eben das auch hier entscheidende Rechtsverhältniß, ob nämlich dem jetzigen Beklagten wider die jetzigen Kläger eine Darlehensforderung von 5250 fl. oder nur von 4600 fl. erwachsen sei, zwischen ihnen bereits durch das frühere Urtheil festgestellt wurde, und weil es also, wenn auch in dem früheren Urtheile nur über die eine Consequenz des dort festgestellten Rechtsverhältnisses (daß nämlich nur 4600 fl. zu verzinsen seien) der Spruch erging, doch zur richterlichen Anerkennung der anderen Consequenz (daß nämlich 650 fl. indebite haften) keiner neuerlichen Feststellung des bereits entschiedenen Rechtsverhältnisses, nämlich des Bestandes einer Darlehensforderung von nur 4600 fl. statt der intabulirten von 5250 fl. mehr bedarf. Da nun auch in der Formulirung des Begehrens, daß 650 fl. indebite einverleibt und deshalb zu löschen seien, keine solche Incorrectheit gefunden werden kann, daß demselben nicht stattgegeben werden kann, war das in diesem Sinne erflossene erstrichterliche Urtheil zu bestätigen.

Nr. 3065.

Gegenstand der condictio ob causam datorum.

Entsch. v. 7. Mai 1868, Nr. 4271 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Leitomischl v. 15. Juni 1867, Nr. 2916 und des O. L. G. Prag v. 19. Nov. 1867, Nr. 32726). G. Z. 1868, Nr. 84.

Auf die im Jahre 1857 angestellte Klage des A, dessen Ehe mit der B rückgängig geworden war, wurde die Letztere durch oberstgerichtliches Erkenntniß vom 12. August 1863 zur Zurückstellung einer vom Kläger ante nuptias ihr geschenkten Stute verurtheilt und nach erfolgter Zurückstellung mit einer zweiten Klage auf Herausgabe von

zwei Fohlen, welche die Stute während des ersten Processes geworfen hatte, in natura und auf Zahlung der Geldsumme belangt, welche sie beim Verkaufe von zwei anderen, ebenfalls während der obigen Periode zugewachsenen Fohlen der Stute eingenommen hatte.

Der Kläger wurde in allen drei Instanzen abgewiesen. Gründe der dritten Instanz: Durch die Schenkung wurde B Eigenthümerin des Pferdes, folglich — nach §. 405 a. b. G. B. — auch des Zuwachses, d. i. der Fohlen, welche das Pferd während der Dauer ihres Besitzes geworfen hat, und während dieser Zeit konnte sie auch mit dem Pferde und den Fohlen frei verfügen (§. 362). Sie war von dem Zeitpunkte der Schenkung an wirkliche Eigenthümerin und nicht blos redliche Besitzerin des Pferdes und ihr Eigenthum währte so lange, bis A von seinem Rechte zum Widerruf der Schenkung Gebrauch gemacht hatte. Der Fall des §. 338 a. b. G. B., in welchem der redliche Besitzer durch die zugestellte Klage in einen unredlichen verwandelt wird, ist daher hier nicht vorhanden. Denn die B hörte durch die bloße Zustellung der Klage, d. i. seit 15. August 1857, nicht auf, Eigenthümerin des ihr geschenkten Pferdes zu sein, sondern blieb es bis zur Rechtskraft des Urtheils, welches den Widerruf der Schenkung für giltig erklärt und sie zur Zurückstellung des Pferdes verpflichtet hat. Es handelt sich hier nicht um einen Streit des redlichen Besitzers als vermeintlicher Eigenthümer mit dem wirklichen Eigenthümer, sondern um einen Streit zwischen der bisherigen rechtmäßigen Eigenthümerin und Demjenigen, die ihr in dem Eigenthume nachfolgen soll. Nutzungen und Früchte der geschenkten Sache kommen dem Beschenkten zu statten, er wäre denn unredlicher Besitzer (§. 335), und dies war die Beklagte nicht. Sie ist daher nicht verpflichtet, die in natura vorhandenen zwei Füllen herauszugeben noch den Werth der verkauften Thiere zu ersetzen.

Nr. 3066.

Vertrag contra bonos mores?

Entsch. v. 13. Mai 1868, Nr. 3014 (Best. des Urth. des B. G. der inneren Stadt Wien v. 17. Sept. 1867, Nr. 27696, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 4. Dec. 1867, Nr. 20480). G. Z. 1868, Nr. 78.

A belangte den B auf Zahlung von 400 fl., indem er anführte: er habe von C den Auftrag erhalten, gegen eine angemessene Belohnung ihm einen Käufer für sein Haus zu suchen, aus welchem Anlasse der Geklagte, der selbes kaufen wollte, zu ihm gekommen sei und, als er von ihm erfuhr, daß er bereits einen annehmbaren Käufer wisse, ihm 400 fl. zu zahlen versprach, wenn er seine Intervention bei diesem Hausverkaufe fallen ließe, und er, B, das Haus kaufen würde.

Er habe nun wirklich sich nicht weiter eingemengt und B das Haus sehr billig bekommen. Der Geklagte berief sich unter Anderem darauf, daß nach §. 878 a. b. G. B. Verträge über unerlaubte Handlungen ungiltig sind, die 400 fl. aber dem A für eine unerlaubte Handlung versprochen wurden, nämlich für den Bruch des von A mit C geschlossenen Vertrages. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B zur Zahlung der 400 fl. unter der Bedingung, daß A mit dem Haupteide die Thatsache der mit B getroffenen Verabredung beweist. Die Gründe, soweit sie die auf §. 878 a. b. G. B. gestützte Einwendung betrafen, waren im Wesentlichen: Der Kläger A widerspricht, und der Geklagte erweiset nicht, daß ersterer den Auftrag des C, einen Käufer auszumitteln, auch angenommen habe, und demzufolge kann auch nicht behauptet werden, daß sein dem Geklagten gegebenes Versprechen der Nichtintervention eine im Sinne des §. 878 a. b. G. B. unerlaubte Leistung zum Gegenstand hatte. — Das O. L. G. aber berücksichtigte diese Einwendung und wies den Kläger ab. Gründe: Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Kern des Vertrages zwischen A und B dahin ging, die von A gegenüber dem C eingegangene Verbindlichkeit zu paralysiren. Der Kern des Vertrages ist eine unerlaubte Handlung, indem A sich verbinden sollte, in der fraglichen Verkaufsangelegenheit weiter nichts zu thun, und derselbe auch wirklich nichts weiter that, während er dem C sich verpflichtet hatte, alle Mühe auf Beischaffung eines Käufers anzuwenden, und von dieser geradezu der früher eingegangenen entgegengesetzten Verpflichtung dem C keine Meldung machte, sondern denselben im Glauben des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses beließ, daher hier die Bestimmungen des §. 878 a. b. G. B. Anwendung finden.

Auf die Revision des Klägers bestätigte der oberste Gerichtshof die erstrichterliche Entscheidung. Gründe: Der erwähnte Vertrag kann nicht als ein im Sinne des §. 878 a. b. G. B. verbotener oder unerlaubter Vertrag angesehen werden, nachdem A, selbst wenn sich bei ihm, wie er angibt, ein Kauflustiger bereits gemeldet hätte, doch nicht verpflichtet war, denselben sogleich dem C, dem er nur überhaupt einen Käufer verschaffen sollte, zuzuführen, sondern den Erfolg der vom Geklagten wegen des Kaufes einzuleitenden Schritte abwarten und sich für den Fall, als ihm dadurch das von dem Kauflustigen zu erwartende Honorar entgehen sollte, eine Vergütung bedingen konnte.

Nr. 3067.

Theilweise Cession einer Hypothekarforderung an den dritten Theilzahler: Wirkung auf die nachstehenden Hypothekargläubiger.

Entsch. v. 14. Mai 1868, Nr. 3361 (Best. des das Urth. des B. G. Atzenbruck v. 21. August 1867, Nr. 2738, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 14. Jänner 1868, Nr. 21097). G. Z. 1868, Nr. 79.

Auf dem im Executionswege verkauften Hause des X haftete am dritten Platze das Pfandrecht für eine Forderung des B und zweier Theilcessionare, C und D, desselben mit 2500 fl., wobei jedoch das executive Pfandrecht aus einem zwischen B und X im December 1862 über das restliche Capital von 1000 fl. geschlossenen Vergleiche ausgezeichnet war. Aus Anlaß der Meistgebotsvertheilung trat nun der vierte Satzgläubiger A klagbar gegen B und dessen Cessionare C und D auf und verlangte bezüglich jenes Betrages des Meistgebotes, welcher die im Vergleiche von 1862 als Rest bezeichneten, daher als solcher aus dem Grundbuche ersichtlichen 1000 fl. überstieg, den Vorrang vor den übrigen bereits getilgten 1500 fl., die B 1865 nicht mehr habe Anderen cediren können. B und seine Cessionare entgegneten, daß letztere dem X das Geld zu den an B geleisteten Abschlagszahlungen von 1500 fl. gegeben und er ihnen deshalb von den 2500 fl., welche noch im vollen Betrage auf der Realität versichert sind, 1500 fl. abgetreten habe. — Die erste Instanz gab dem Klagbegehren statt. Gründe: Es ist durch obigen Vergleich erwiesen, daß die Forderung des B im December 1862 nur mehr mit 1000 fl. aufrecht bestand, also auch nur mit diesem Betrage aus dem Kaufschillinge zur Zahlung gelangen kann, woraus schon die Sachfälligkeit der Geklagten fließt. Die Einwendung derselben, daß die Zahlung der 1500 fl. an X von B mit dem Gelde der Cessionare geschah und dabei zwischen diesen und B bedungen wurde, daß B ihnen die bezahlte Theilforderung mit Zugestehung des Vorranges vor seinem Reste abzutreten habe, welche Abtretung auch erfolgt und grundbücherlich ausgezeichnet worden ist, kommt nicht zu berücksichtigen, weil zwar X bei der Zahlung an B wohl erklärte, daß das Geld von seinen nunmehrigen Cessionaren komme und er ihnen die diesfälligen Beträge cediren müsse, aber die Zahlung selbst doch von X geschah, daher höchstens dieser Personalschuldner der Cessionare wurde. Das Uebereinkommen zwischen X, dann B und den Cessionaren C und D ist höchstens die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, wobei jedoch die wesentlichen Stücke, nämlich der Betrag der an den Hypothekargläubiger zu leistenden Zahlungen und die bestimmte Person des Zahlers nicht angegeben wurden, daher nicht giltig (§. 936 a. b. G. B.). Zudem hatte B schon im Jahre 1862 aufgehört, Gläubiger bezüglich der

1500 fl. zu sein, konnte also 1865 sie nicht rechtswirksam cediren. Diese, wie gezeigt, auf einer ungiltigen Verabredung beruhenden Cessionen konnten daher auch durch ihre Einverleibung keine Rechtskraft erlangen. Zudem war den Cessionaren und jedem Dritten aus dem Grundbuche ersichtlich, daß, ungeachtet die 2500 fl. noch immer nicht gelöscht sind, sie nur mehr im Reste von 1000 fl. zu Recht bestehen, indem die executive Supereinverleibung dieser 1000 fl. auf Grund des Vergleiches erfolgt ist, in welchem sie ausdrücklich als Restforderung bezeichnet erscheinen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das die Klage abweisende Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Aus dem hier vorliegenden Thatbestand folgt nicht, daß die Forderung bezüglich des Mehrbetrages von 1500 fl. als durch Zahlung erloschen angesehen werden mußte, indem hinsichtlich dieses Betrages ein anderes Uebereinkommen getroffen worden sein konnte, was in der That dadurch geschah, daß B die 1500 fl. als eine von C und D herrührende Zahlung erhielt, weshalb er auch das Pfandrecht dafür ihnen abtrat. Zudem erklärte der Kläger selbst, gegen die Richtigkeit der Forderung des C und D keinen Einwand zu erheben. Ueberdies hätte nur der Hypothekarschuldner X, wenn er aus Eigenem die 1500 fl. dem B gezahlt hätte, die Löschung dieses Betrages begehren können; wogegen die nachfolgenden Pfandgläubiger nach §. 469 a. b. G. B. die Cession einer noch nicht gelöschten Satzforderung sich gefallen lassen müssen, mag dieselbe in Folge ausdrücklicher Bedingung oder in Folge der Bestimmung des §. 1423 a. b. G. B. geschehen sein. Der §. 936 endlich ist hier gar nicht am Platze, da es nicht nur auf eine ausdrückliche frühere Verabredung gar nicht ankommt, sondern auch, wenn über eine verabredete Cession sodann die Urkunde ausgestellt wird, dies keinesfalls einem Dritten Grund zu einer aus §. 936 a. b. G. B. hergeleiteten Einwendung geben kann.

Nr. 3068.

Verurtheilung des mit der Entschädigungsklage Belangten zum Kostenersatz ungeachtet der Herabsetzung der angesprochenen Summe im Urtheil.

Entsch. v. 14. Mai 1868, Nr. 4316 (Best. des Urth. des B. G. Bystric v. 28. Nov. 1867, Nr. 4889, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn vom 4. März 1868, Nr. 2196). G. Z. 1868, Nr. 87.

Nr. 3069.

Unterbliebene Einwendung der Verjährung als Grund der Kostencompensation?

Entsch. v. 14. Mai 1868, Nr. 4682 (Best. des Urth. des B. G. Mährisch-Trübau v. 31. Dec. 1867, Nr. 7159, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn v. 26. März 1868, Nr. 3592). G. Z. 1868, Nr. 88.

Nr. 3070.

Legat eines Grundstückes des Erblassers, welches mit einer nicht gelöschten Hypothekarforderung desselben belastet ist. Erwerb dieser Hypothekarforderung im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher?

Entsch. v. 20. Mai 1868, Nr. 3591 (Best. des das Urth. des B. G. Napagedl v. 30. Oct. 1867, Nr. 4100, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 31. Dec. 1867, Nr. 14507). G. H. 1868, S. 274.

In dem Testamente der M wurde die C zur Universalerbin eingesetzt. Bei der Inventirung stellte sich heraus, daß auf der dem Legatar A zugedachten, in den Nachlaß der M gehörenden, von ihr im Jahre 1839 wegen einer seit 1834 haftenden Forderung von 3911 fl. executiv erstandenen Mühle Nr. 53 in X für die Erblasserin eben diese Forderung, welche sie bei Lebzeiten nicht löschen ließ, noch haftet. Die Universalerbin machte ihr Recht geltend, und obgleich der Legatar A die Richtigkeit der Forderung aus der Ursache, weil im Testamente von dieser Forderung keine specielle Erwähnung geschah, bestritt, wurde der C dennoch die Forderung eingeantwortet und auf Grund der Einantwortungsurkunde das unbedingte Eigenthumsrecht bezüglich der angedeuteten Forderung für die C grundbücherlich ausgezeichnet. Darauf wurde dieselbe von der C dem B cedirt, welcher bei der Realinstanz den Grundbuchsauszug erhob, daraus das Bestehen der Haftung ersah und die Intabulation des ihm cedirten Rechtes erwirkte. Ohne gegen eine der erwähnten Eintragungen Einsprache erhoben zu haben, belangte nun A den B auf Löschung der Forderung. Er berief sich darauf, daß aus der in der Urkundensammlung liegenden Einantwortungsurkunde zu ersehen ist, daß A die Richtigkeit der Forderung seinerzeit widersprach, daß angenommen werden müsse, daß die Erblasserin M selbst diese Forderung als nicht bestehend ansehen mußte, daß die Cedentin C ganz gewiß von diesem Sachverhalte Kenntniß hatte, u. s. w. B stützte sein Recht auf den Buchstaben der §. 469 und 1446 a. b. G. B. und wies die Zumuthung zurück, daß er als Cessionar sich durch persönliche Einsicht der Urkunden und durch Inquisition der C von

der Richtigkeit der Forderung überzeugen müßte. Der amtlich ausgefertigte Grundbuchsextract gelte ihm als genügendes Document, um die Natur und Richtigkeit des cedirten Rechtes zu beurtheilen. Noch muß hervorgehoben werden, daß A aus den alten Patrimonialacten eine Urkunde ausfindig machte, vermöge welcher für die Ersteherin der Mühle Nr. 53 in X, d. i. für die Erblasserin M, ein Betrag per 1883 fl. ad depositum erlegt worden wäre, demnach die Forderung der Erblasserin schon damals nur 2028 fl. betragen habe. Auch von dieser Urkunde hätte nach Ansicht des A der Cessionar sich Kenntniß verschaffen sollen. Der Nachweis, daß das Deposit von der M erhoben wurde, wurde nicht geliefert. B berief sich auf eine Anzahl oberstgerichtlicher Entscheidungen (darunter Nr. 611, 618, 1109, 1345, 1395, 1778, 1782, 2021 der gegenwärtigen Sammlung) dafür, daß dem redlichen Cessionar — und B erbot sich bezüglich des Beweises der Redlichkeit seines Gebahrens zum Haupteide — nicht zugemuthet werden könne, bei Eingehung von Cessionen erst die ganze Urkundensammlung oder gar alte irgendwo in einer Registratur vergrabene Acten einsehen zu müssen; es würde, um mit den Worten des obersten Gerichtshofes selbst zu sprechen, „sehr traurig um das Institut der öffentlichen Bücher bestellt sein, wenn man den Cessionar verpflichten wollte, stets die Urkundensammlung und die Registraturen der verschiedenen Behörden einzusehen.“ — Das Gericht erster Instanz entschied, daß der Theilbetrag von 1883 fl., weil erwiesenermaßen ad depositum erlegt, erloschen sei, dagegen der Rest per 2028 fl. so lange zu haften habe, bis Kläger nachgewiesen haben wird, daß dieser Betrag gezahlt sei. — Das O. L. G. gab dem Begehren in seinem vollen Umfange statt.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde das obergerichtliche Urtheil bestätigt aus folgenden Gründen: Es ist zwar richtig, daß nach §. 1446 a. b. G. B. Hypothekarrechte nicht durch Consolidation, sondern nur durch Extabulation aufgehoben werden und daß nach §. 469 a. b. G. B. ein Hypothekargut so lange verhaftet bleibt, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist. Allein im vorliegenden Rechtsstreite treten Umstände ein, aus welchen dem Geklagten die Zweifelhaftigkeit des Bestandes der cedirten Forderung auffallen mußte, daher von demselben ein Erwerb im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher nicht unbedingt geltend gemacht werden kann. C wurde auf Grund der Einantwortungsurkunde als Eigenthümerin der Forderung per 3911 fl. bücherlich eingetragen. In dieser Einantwortungsurkunde wurde diese Forderung als streitig bezeichnet, indem die Interessenten dieselbe als illiquid haftend erklärten. Die Forderung per 3911 fl. haftet für M auf der Mühle Nr. 53 zu X. Diese Mühle wurde von der M im Executionszuge erkauft und dieselbe als Eigenthümerin grundbücherlich eingetragen. Dieses Verhältniß war aus den öffentlichen Büchern zu ersehen. C, von welcher Geklagter

sein Recht ableitete, wurde in Folge des Testamentes der M und auf Grund der Einantwortungsurkunde an den Besitz der obigen Forderung geschrieben. Auf Grund derselben Urkunde kam auch Kläger an den Besitz der Mühle. Der C konnte daher die Streitigkeit der Forderung und deren Illiquidität entgegengesetzt werden. Aus dem Testament der M geht nun zweifellos hervor, daß sie selbst die Forderung, als nicht mehr bestehend, als theils durch Zahlung, theils durch Vereinigung von Gläubiger und Schuldner in ihrer Person erloschen angesehen hat, da sie im Testamentsabsatz 7, worin sie die Mühle dem A vermachte, denselben verpflichtete, von den Tabularlasten nur jene der 400 fl. Kirchengelder zur Vertretung zu übernehmen. Die C konnte daher die in Rede stehende Forderung, als Erbin der M, gegen A nicht mehr in Anspruch nehmen, da nach dem im Testament ausgesprochenen Willen der M diese Post als eine Activforderung derselben nicht mehr bestanden hat. Dies konnte der Kläger A gegen die C geltend machen und da B als Rechtsnehmer derselben erscheint und dieses Gesammtrechtsverhältniß aus dem öffentlichen Buch und den demselben einliegenden Urkunden bei geringer Aufmerksamkeit entnehmen konnte und hiezu sich aufgefordert finden mußte, so steht ihm die Einwendung nicht zu, daß er im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher die Forderung erworben habe, und daß ihm deshalb nach §§. 1446 und 469 a. b. G. B. das Erloschensein derselben nicht entgegengesetzt werden könne.

Nr. 3071.

Zulässigkeit der Beantwortung einer Bauaufforderungsklage; Rechtskraft des die letztere zu Gericht annehmenden Bescheides?

Entsch. v. 20. Mai 1868, Nr. 5041 (Best. des Decr. des B. G. St. Johann v. 22. Februar 1868, Nr. 442, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 23. März 1868, Nr. 5834). G. H. 1868, S. 420.

Gegen die Bauaufforderungsklage des A wider die Gemeinde B hat, nachdem die erstgerichtliche aufrechte Verbescheidung derselben vom obersten Gerichtshof mit Entscheidung vom 10. October 1867, Nr. 8779 (Sammlung Nr. 2874) bestätigt worden war, die Gemeinde, statt der provocirten Klage, eine Einrede angebracht, welche in erster Instanz aufrecht erledigt, resp. dem A zur Replik zugestellt, vom O. L. G. aber auf Grund des §. 73 westg. G. O. a limine zurückgewiesen wurde, weil der oberste Gerichtshof mit seiner citirten Entscheidung lediglich den erstgerichtlichen Bescheid auf die Aufforderungsklage bestätigt hat, mithin von Seite der Gemeinde B

die provocirte Klage zur Ausführung ihres etwaigen Rechtes — nicht die Beantwortung der Aufforderung durch Einrede — anzubringen war, und überdies im Falle der Aufforderung bei einem vorzunehmenden Bau der bei der Aufforderung ex lege diffamari nach §. 64 westg. G. O. zulässige Berühmungsproceß ausgeschlossen ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Verordnung, weil die oberstgerichtliche Recursentscheidung vom 10. October 1867, Nr. 8779, lediglich ausgesprochen hat, daß die Bauaufforderungsklage des A gegen die Gemeinde B nicht von Amtswegen als unstatthaft zurückgewiesen werden konnte, und hiebei die Frage nach der gesetzlichen Zulässigkeit der Beantwortung der Aufforderung durch Einrede, an Stelle der provocirten Klage, ganz unberührt geblieben ist; weil die Einrede der Unstatthaftigkeit der Aufforderung, sofern sie vom Aufgeforderten auf angebliche Besitzrechte gegründet wird, bei der Aufforderung wegen einer Bauführung nicht als ausgeschlossen angesehen und über diesen Punkt jedenfalls erst nach vorgängiger Verhandlung und nicht von Amtswegen schon bei Erledigung der vorgebrachten Einrede entschieden werden kann.

Nr. 3072.

Besitzstörung?

Entsch. v. 27. Mai 1868, Nr. 5330 (Best. des Decr. des B. G. Krzeszowice v. 23. Jänner 1868, Nr. 265, Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau v. 19. März 1868, Nr. 2401). G. H. 1868, S. 316.

M hatte testamentarisch sein Wirthschaftsgut dem erstgeborenen Sohne B, gegen Abfindung des zweitgeborenen A mit Geld, überlassen und seiner Ehefrau den lebenslänglichen Fruchtgenuß daran zugedacht. Nach seinem Tode wurde dem Testament gemäß das Gut dem — im Militärdienst abwesenden — B eingeantwortet. A nahm dasselbe in Besitz und B, nach Jahren wieder in die Heimat zurückgekommen, theilte sich mit ihm in der Bewirthschaftung. Es entstanden zwischen den Brüdern Streitigkeiten, welche schließlich dahin führten, daß A gegen B in possessorio summariissimo auftrat, um gerichtlich in seinem angeblichen Besitze des Gutes geschützt und erhalten zu werden. — Das in erster Instanz zugelassene Klagbegehren wurde vom O. L. G. in der Erwägung abgewiesen, daß die Bewirthschaftung des Gutes durch den Kläger den factischen Besitz desselben im eigenen Namen nicht begründet, weil die mit dem Fruchtgenuß bedachte Witwe des Erblassers den Besitz ihm nicht übergeben, im Gegentheile A wider ihren Willen auf gesetzwidrige Art die Benutzung der Liegenschaft erlangt hat; daß seine Benutzung, Mangels dieser Uebergabe, nur als

die im Namen der Witwe besorgte Bewirthschaftung angesehen werden kann, zumal A dem B gegenüber den factischen Besitz des Gutes nicht erlangt haben konnte, weil dem B durch seine Abwesenheit die Möglichkeit, sich dem Besitzeingriff des A zu widersetzen, benommen war; daß endlich A seit der Rückkehr des B in dem selbständigen Besitz des Gutes sich nicht mehr befand, weil der Letztere auf dem Gute wohnte und mit ihm gemeinschaftlich die Arbeit der Bewirthschaftung verrichtete.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung. Gründe: Durch die Zeugen wurde erwiesen, daß seit dem Tode des M der Kläger das in Frage stehende Gut besaß, daß er alle mit der Wirthschaftsführung verbundenen Handlungen unternahm, wodurch der Besitz ausgeübt wird. Ob er nun dazu berechtigt war, ob er dabei mit Zustimmung seiner von M mit dem Fruchtgenuß bedachten Mutter oder gegen ihren Willen gehandelt habe, ist nicht in possessorio summariissimo zu erörtern, in welchem nur der letzte factische Besitz geschützt wird. Damit, daß B nach seiner Rückkehr gemeinschaftlich mit A die Feldarbeiten verrichtete, ist dessen Mitbesitz nicht festgestellt, weil die Anführung des Klägers, daß B mit seiner Arbeit ihm bei der Wirthschaftsführung blos Aushilfe leistete, nur als Gehilfe thätig war, von den Zeugen.....bestätigt wurde. Da somit der Besitz des Klägers bewiesen ist und der Beklagte nicht abgeleugnet hat, eigenmächtig Kartoffel ausgegraben und Getreide nach vorgängiger Abreißung des Schlosses der Scheuerthüre ausgedroschen zu haben, und er nicht berechtigt ist, auf seinen aus der Erbseinantwortungsurkunde hergeleiteten Anspruch hin sich mit Uebergehung des gesetzlichen Verfahrens in den Besitz des Gutes zu setzen, so sind die erwähnten Handlungen desselben als eine Störung des klägerischen Besitzes anzusehen.

Nr. 3073.

Zuerkennung eines eventuellen Anspruches im Urtheile.

Entsch. v. 28. Mai 1868, Nr. 3328 (Best. des Urth. des L. G. Wien vom 30. Juli 1867, Nr. 39871, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 31. Dec. 1867, Nr. 19685). G. H. 1869, S. 26.

In der Klage des A gegen B wurde das Erkenntniß begehrt: 1. B sei schuldig zur Herausgabe eines von ihm acceptirten und beim Notar C verwahrten Wechsels an A einzuwilligen; 2. falls zur Zeit der Rechtskraft des (dem Begehren 1 stattgebenden) Urtheils oder der Ausfolgung des Wechsels derselbe verjährt sein sollte, sei B schuldig, dem A den Wechsel von 125 fl. zu zahlen. — Das in erster Instanz vollständig zugelassene Begehren wurde vom O. L. G. im 2. Petitspunkte abgewiesen, weil das Urtheil dasjenige, was zu- oder abge-

sprochen wird, bestimmt enthalten soll, so daß die Voraussetzungen der darauf zu bewilligenden oder zu verweigernden Execution keinem Zweifel unterliegen können, dies aber beim 2. Petit nicht der Fall ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung, weil auch das Bestehen eines bestimmten Anspruches, insofern derselbe bereits Rechtswirkungen mit sich bringt, Gegenstand richterlicher Anerkennung sein kann; weil gegen die Zulässigkeit des gestellten Eventualbegehrens vom Beklagten B — unter der Voraussetzung des richterlichen, des ad 1 erhobenen Anspruches — eine Einsprache nicht gemacht worden ist und kein Grund vorlag, diesen Theil der Klagbitte von Amtswegen auszuschließen.

Nr. 3074.

Natur und Umfang des Anspruches auf Schadenersatz im Falle des Rücktrittes vom Eheverlöbniß.

Entsch. v. 28. Mai 1868, Nr. 5274 (Best. des das Urth. des B. G. Ottensheim v. 27. Nov. 1866, Nr. 1931, abänd. Urth des O. L. G. Wien vom 31. Juli 1867, Nr. 6036). G. H. 1868, S. 430.

Die Klage der A wieder den B auf Zahlung einer lebenslänglichen Rente jährlicher 300 fl. oder einer Abfertigungssumme im Betrage von 2000 fl., wegen Bruches des Eheverlöbnisses, wurde vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen abgewiesen: Nach den in §§. 45 und 46 a. b. G. B. enthaltenen Grundsätzen ist das Begehren der A nicht gerechtfertigt; denn sowie ihr kein Recht auf Erzwingung der Eheschließung zustand noch die Bestimmung des Werthes, den man auf die Erfüllung des Eheversprechens setzen wollte, im Voraus zulässig war, so kann ihr auch jetzt nicht das Recht eingeräumt werden (auf welches ihr Begehren hinausläuft), so viel zu fordern, als ihr nach ihrer Schätzung daran lag, daß die Ehe zu Stande komme. Nur der Ersatz des wirklichen — positiven — Schadens, den sie durch den Rücktritt des Beklagten erlitten zu haben bewiese, konnte ihr gebühren. Nicht ohne damit einen besonderen bezeichnenden Sinn zu verbinden, kann diese Beifügung des Adjectives „wirklich" im §. 46 a. b. G. B. betrachtet werden, das offenbar einen eigentlichen Schaden im Gegensatze von Gewinnesentgang nach §. 1293 andeutet, umsomehr, als dies eben im Geiste der Bestimmung des §. 45 gelegen ist.

Nr. 3075.

Unzulässigkeit der Executionsführung auf ein der fideicommissarischen Substitution unterworfenes Grundstück.

Entsch. v. 3. Juni 1868, Nr. 5646 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 24. März 1868, Nr. 16392 und des O. L. G. Wien vom 21. April 1868, Nr. 7564). G. Z. 1868, Nr. 74.

Gegen B, Eigenthümer eines Hauses, hinsichtlich dessen ihm C fideicommissarisch substituirt ist, hatte A wegen 152 fl. die executive Einverleibung des Pfandrechtes auf dem Hause erwirkt und begehrte nun die Schätzung. — Vom Gerichte erster Instanz wurde dieselbe bewilligt und vom O. L. G. der dagegen ergriffene Recurs des B verworfen, weil Recurrent als Eigenthümer im Grundbuche erscheint und die hierauf haftenden Substitutionsbeschränkungen der Schätzung nicht hinderlich sind, sondern nur bei Bestimmung der Werthshöhe in Berücksichtigung zu ziehen sein werden. Im a. o. Recurse des B wurde geltend gemacht, daß Recurrent ja bloßer Fruchtnießer sei und nur sein Fruchtgenuß in Execution gezogen werden könne, daß die Liegenschaft selbst weder geschätzt noch feilgeboten werden könne, indem den Werth seines Fruchtgenusses einfache Bauverständige nicht zu schätzen verständen und nach der Anordnung das Haus und nicht das Recht geschätzt werden solle.

Der oberste Gerichtshof änderte beide Erledigungen dahin ab, daß vorläufig eine Tagsatzung zur Anhörung der Parteien anzuordnen und nach Vernehmung beider Theile erst zu entscheiden sei, inwiefern die angesuchte executive Schätzung zu bewilligen sei, und zwar in Erwägung, daß dem in den bücherlichen Besitz geschriebenen Fiduciarerben nach §. 613 a. b. G. B. nur das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Pflichten eines Nutznießers zukommt, daß also auch das Pfandrecht für die Forderung des A per 152 fl. sich nicht auf die Substanz der dem Recurrenten nur mit dem Substitutionsbande grundbücherlich zugeschriebenen Haushälfte erstrecken kann, durch den angefochtenen landesgerichtlichen, vom O. L. G. aufrecht erhaltenen Bescheid aber die executive Schätzung des Hauses selbst bewilligt erscheint.

Nr. 3076.

Anspruch der nicht geschiedenen Gattin auf Alimente?

Entsch. v. 5. Juni 1868, Nr. 5251 (Best. des Urth. des B. G. Haslach v. 20. Nov. 1867, Nr. 1647, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 5. Februar 1868, Nr. 1439). G. Z. 1868, Nr. 65.

Die A belangte ihren Gatten B auf Leistung des Unterhaltes, weil er nicht nur sie öfters geschlagen und geschmäht, sondern auch

die oberwähnten Verlassenschaftspassiven in Abzug gebracht werden müssen. Wider diese obergerichtliche Entscheidung ergriff die Finanzprocuratur in Vertretung des Krankenhausfondes den Revisionsrecurs. In diesem Recurse wurde namentlich ausgeführt, daß auf dem Gute X auch solche Rechte und Forderungen haften, rücksichtlich welcher die Verlassenschaft des M nicht persönlich, sondern nur als Besitzer des belasteten Gutes verpflichtet sei, und welche daher nicht als eigentliche Verlassenschaftsschulden im Sinne des citirten Decretes des n. ö. Appellationsgerichtes angesehen werden könnten; es wurde darauf hingewiesen, daß es in diesem Decrete heißt: „Das in einer anderen Provinz gelegene unbewegliche Vermögen unterliegt der Bemessung nicht“, daß dieser Ausdruck unbewegliches Vermögen statt des Wortes „Realiäten“ darum gewählt sei, um anzudeuten, daß dieses unbewegliche Vermögen als ein ganzes im Sinne von Activvermögen, mithin nach Abzug der darauf lastenden Passiven aufgefaßt werden müsse. Es wurde ferner die Consequenz geltend gemacht, die sich aus der obergerichtlichen Auffassung ergeben würde, daß z. B. von einem in Niederösterreich befindlichen reinen Verlassenschaftsvermögen per 300.000 fl. deshalb gar keine Gebühr zu entrichten sein würde, weil sich in Böhmen ein Latifundium im Werthe von zwei Millionen befindet, auf welchem 300.000 fl. bücherlich haften. Schließlich wurde auf die Analogie bei der Bemessung der Staatsgebühren von im Auslande liegenden unbeweglichen Gütern des Erblassers hingewiesen (§. 57 des Gebührengesetzes vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50).

Der oberste Gerichtshof hat dem Revisionsrecurse keine Folge zu geben und die obergerichtliche Verordnung aufrecht zu erhalten befunden mit folgender Begründung: „Insofern die Finanzprocuratur zu beanständen glaubt, daß nach der angefochtenen obergerichtlichen Verordnung bei der behufs der Bemessung der gesetzlichen Gebühr zum allgemeinen Krankenhausfonds vorzunehmenden Ermittlung des reinen M'schen Verlassenschaftsvermögens auch solche auf dem Gute X haftenden Rechte und Forderungen in Abzug zu bringen seien, rücksichtlich welcher die Verlassenschaft nur als Besitzer des belasteten Gutes verpflichtet erscheint und welche daher nicht als eigentliche Verlassenschaftsschulden anzusehen seien, widerlegt sich dieser Beschwerdegrund damit, daß das Obergericht ausdrücklich nur den Abzug der ausgewiesenen eigentlichen Verlassenschaftsschulden zugelassen hat und daß es der angeordneten neuerlichen Ermittlung des gebührenpflichtigen reinen Nachlaßvermögens vorbehalten bleibt, inwiefern derlei Haftungen als eigentliche Verlassenschaftsschulden behandelt werden können und sollen. Im Uebrigen erscheint aber die angefochtene obergerichtliche Verordnung auch in dem ihr zu Grunde liegenden Principe als gerechtfertigt; denn nach der Bestimmung des §. 694 a. b. G. B. sind für die von Verlassenschaften zur Unterstützung gemeinnütziger Anstalten und Fonde zu entrichtenden Beiträge überhaupt die darüber

bestehenden besonderen Vorschriften maßgebend, und es können die Bestimmungen des Gebührengesetzes vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, besonders jene vom §. 57 dieses Gesetzes auf die Abgaben der oberwähnten Art nicht angewendet werden. Speciell rücksichtlich der in Frage kommenden gesetzlichen Gebühr zum allgemeinen Krankenhausfonds erscheint die von dem bestandenen n. ö. Appellationsgerichte am 16. September 1842, Nr. 10701, auf Ansuchen der n. ö. Landesregierung, also der politischen Landesstelle, erlassene Kundmachung maßgebend, nach welcher die gesetzliche Gebühr zum Krankenhause von sämmtlichem beweglichen und im Lande Oesterreich unter der Enns befindlichen unbeweglichen reinen, d. i. von dem nach Abzug der eigentlichen Verlassenschaftsschulden erübrigten Verlassenschaftsvermögen zu bemessen und zu entrichten ist, und nur das in einer anderen Provinz unbewegliche Vermögen der fraglichen Gebühr nicht unterliegt. Es ist hiernach grundsätzlich und auch in Uebereinstimmung mit früher in dieser Rücksicht erlassenen gesetzlichen Normen ausgesprochen, daß diese Gebühr nur von dem reinen Vermögen zu entrichten ist. Was aber nach einem Erblasser als reines Verlassenschaftsvermögen übrig bleibe, ergibt sich nur aus der Entgegenstellung seiner Activen und seiner sämmtlichen Passiven. Jede Verlassenschaftsschuld ohne Unterschied verringert den Betrag des reinen Activfondes; der Umstand, daß eine Schuld speciell auf irgend ein Object des Verlassenschaftsvermögens pfandrechtlich sichergestellt ist, befreit die Verlassenschaft nicht von der Haftung für diese Schuld mit dem übrigen Verlassenschaftsvermögen und kann ebensowenig den Gläubiger verhindern, seine Befriedigung auch aus einem anderen Objecte des Verlassenschaftsvermögens, als aus dem verpfändeten, zu suchen. Und so wie im Falle, wenn für die von dem Erben des M als Abzugsposten geltend gemachten Verlassenschaftsschulden eine hypothekarische Sicherstellung nicht erwirkt worden wäre, seine Berechtigung, diese Schulden bei Ermittlung des reinen Nachlasses zum Behufe der Bemessung der frommen Gebühren in Abzug zu bringen, nicht im Geringsten bezweifelt werden könnte, so gilt dieses auch im Falle der bewirkten hypothekarischen Sicherstellung, weil diese an der Natur und Wirkung des Schuldverhältnisses nichts ändert. Daß endlich hier allerdings der Werth der böhmischen Verlassenschaftsgüter nicht im Activstande in Anschlag gebracht werden kann, wohl aber deren Belastung als Passivum in Abschlag gebracht wird, hat zwar für den an der Abgabe betheiligten Fonds eine nachtheilige Folge; allein diese ergibt sich eben nur aus der Verschiedenheit der bezüglich solcher Abgaben für die einzelnen Länder und beziehungsweise Städte bestehenden besonderen Vorschriften und localen Einrichtungen."

Nr. 3078.

Einfluß des Todes eines Streitgenossen auf den Ausfall des Haupteides.

Entsch. v. 9. Juni 1868, Nr. 5750 (Best. des das Decr. des B. G. Gmunden v. 31. Dec. 1867, Nr. 3647, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 16. April 1868, Nr. 7012). G. Z. 1868, Nr. 65. G. H. 1868, S. 261.

Im Rechtsstreite des A wider die Eheleute Alois und Eleonora B pto. Zahlung von 1060 fl. vertrat die Letzgenannte ihren Gatten als dessen Bevollmächtigte. A trug beiden Gatten den unrückschiebbaren Haupteid über die Echtheit einer von ihnen ausgestellten Urkunde auf, über den im Laufe des Verfahrens Eleonora B sich nur dahin äußerte, daß sie von der Unterfertigung dieser Urkunde nichts wisse. In dem Urtheil wurde beiden Beklagten dieser Haupteid unrückschiebbar aufgetragen und wurden dieselben, falls sie den Eid nicht leisteten, dem Kläger in solidum zur Zahlung der 1060 fl. condemnirt. Der Eid ward nur von der Eleonora B angetreten und geschworen. Nun begehrte A die Execution wider Alois B. — Das Gericht ordnete eine Tagsatzung zur Verhandlung über die Frage an, ob nicht auch der dem vor Zustellung des Urtheils verstorbenen Alois B aufgetragene Haupteid für abgeschworen zu halten sei und entschied selbe bejahend, in der Erwägung, daß das Urtheil dem Alois B wegen seines früheren Ablebens nicht mehr zugestellt werden, somit bezüglich seiner keine rechtswirksamen Folgen mehr erzeugen konnte, da er den zugelassenen Haupteid nicht mehr anzutreten vermochte; daß seine Gattin den ihr aufgetragenen Haupteid abgelegt hat, und, da sie laut Urtheils mit ihrem Gatten im Nichtbeschwörungsfalle solidarisch zur Zahlung verpflichtet ist, ungeachtet des von ihr eingehaltenen gerichtsordnungsmäßigen Vorganges, beziehungsweise des von ihr abgelegten Haupteides, falls derselbe als unerheblich angesehen würde, wegen der in Mitte liegenden durch die Solidarhaftung begründeten Untheilbarkeit der Zahlungspflicht die ganze eingeklagte Schuld zahlen müßte, auf solche Weise aber einem Zufalle Raum gegeben würde, der sich nicht in ihrer Person, sondern in der ihres Gatten ereignet hat; daß endlich Eleonora B zur Vertretung ihres Gatten ermächtigt war, mithin die von ihr zu Protokoll gegebenen Reden, insbesondere die Duplik, — worin sie den vom Kläger aufgetragenen irreferiblen Haupteid angenommen hat — derart in Betracht zu nehmen sind, als ob sie deren Gatte selbst zu Protokoll gegeben hätte. — Die zweite Instanz erklärte den Eid des Alois B für nicht abgeschworen, in der Erwägung, daß das Verhandlungsprotokoll darüber, ob Alois B den unrückschiebbaren Haupteid annehme, nichts enthält und eine derartige Erklärung in der von Alois B seiner Gattin ausgestellten Vollmacht nicht gelegen erachtet werden kann (§. 233 a. G. O. und Hfd. vom 26. April 1792, J. G. S. Nr. 10).

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung, weil zwar von Amtswegen auf das Executionsgesuch des A keine Verhandlung einzuleiten, aber, nachdem dieser dagegen keine Beschwerde erhob, doch darüber zu entscheiden war; weil ferner weder in der Einrede noch in der Duplik eine Annahme des Haupteides von einem der beiden Geklagten, sondern nur der wiederholte Widerspruch der Echtheit der Unterschriften auf dem Schuldscheine enthalten ist; daß aber auch, ganz abgesehen davon, nach §. 223 a. G. O. ein gerichtlicher Eid nie durch einen Sachverwalter giltig abgelegt werden kann, sondern jederzeit in Person abgeschworen werden muß, und daß dieses umsomehr auch zu gelten hat, wenn die bloße Anerbietung des Eides zufolge §. 233 a. G. O. die Stelle des wirklich abgelegten Eides zu vertreten hat.

Nr. 3079.

Pactum de contrahendo oder sofortiger Kaufabschluß mit hinausgeschobener Erfüllung?

Entsch. v. 10. Juni 1868, Nr. 3907 (Best. des das Urth. des B. G. Aussig v. 24. August 1867, Nr. 2820, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 25. Nov. 1867, Nr. 33358). G. Z. 1868, Nr. 81.

A hatte der B in einer von beiden unterfertigten, am 20. Juni 1861 ausgestellten Urkunde versprochen, die in derselben bezeichneten Grundstücke, wenn er sie bei der am gleichen Tage stattfindenden Feilbietung derselben erstehen würde, gegen Ersatz des Preises und der Kosten jederzeit zu überlassen und die diesfalls nöthige Urkunde auszustellen. Er kaufte die Grundstücke und ließ sein Eigenthumsrecht darauf einverleiben, die B aber ließ ihre Rechte aus der Urkunde auf diese Grundstücke zur Sicherheit derselben am 10. Mai 1866 pränotiren, weil A bereits Schulden darauf contrahirt hatte. Ihrer in demselben Jahre angestellten Klage um Rechtfertigung der Pränotirung setzte A vorzüglich die Einwendung entgegen, daß die Urkunde eigentlich nur die im §. 936 a. b. G. B. bezeichnete Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, enthalte, und daß, nachdem seit der Erstehung der Grundstücke durch ihn nicht blos ein, sondern mehrere Jahre verflossen seien, ohne daß die B auf Vollziehung der Zusage gedrungen hätte — die sie auch jetzt noch nicht begehrte — ihr Recht aus dieser Verabredung erloschen sei. — Die erste Instanz wies die Klägerin ab. Gründe: Die Erklärung vom 20. Juni 1861 enthält nichts als das Versprechen des Geklagten, die darin bezeichneten Realitäten der Klägerin jederzeit ins Eigenthum überlassen und die bücherliche Urkunde hierüber ausstellen zu wollen, also jederzeit mit ihr einen neuen Kauf abzuschließen. Ein förmlicher Kauf ist aber

hierin noch nicht gelegen, weil die Parteien dabei erst einen etwaigen künftigen Kauf unzweifelhaft im Auge hatten. Diese Verabredung, bei welcher die wesentlichen Stücke des Kaufvertrages, nämlich Waare und Preis, bestimmt worden sind, war allerdings für den Geklagten, jedoch nicht für immer, sondern nur für die im §. 936 a. b. G. B. normirte Zeit von einem Jahre, beginnend von der Erstehung der Realitäten, bindend, und da dieser Zeitpunkt bei Ueberreichung der Klage im November 1866 längst verstrichen war, so ist das Klagrecht der B auf Erfüllung dieses Versprechens erloschen, obwohl die Klage nicht ausdrücklich auf diese Erfüllung, sondern vielmehr auf die Rechtfertigung der Pränotation gerichtet ist, nachdem das Pfandrecht als Accessorium der Forderung gleichfalls erloschen ist. — Die zweite Instanz erkannte die Pränotation für gerechtfertigt. Sie fand in der gedachten Erklärung nicht blos die Verabredung, künftig einen Vertrag zu schließen, sondern die Verpflichtung des Geklagten schon erschöpfend bezeichnet, selbst bezüglich des Zeitpunktes, wann die Berechtigung der Klägerin beginnt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: Es hat die Klägerin durch Mitfertigung der Urkunde sich mit derselben einverstanden erklärt, das Versprechen des Geklagten angenommen und sich verpflichtet, demselben den für die Grundstücke gezahlten Betrag und Kosten zu vergüten. Der diesfällige Vertrag ist kein nur erst vorbereitendes Pactum; denn es sind Gegenstand und Preis bestimmt, und nur die Erfüllung ist auf einen späteren Zeitpunkt nach dem Belieben der Klägerin verschoben, was durch das Wort: „jederzeit“ ausgedrückt, und durch die Erwägung gerechtfertigt ist, daß sie erst dann auf die wirkliche Erfüllung bringen kann, wenn sie in der Lage sein wird, ihren übernommenen Verbindlichkeiten nachzukommen. Es kann von einer Verjährung des Klagrechtes um so minder die Rede sein, als ja durch das Wort „jederzeit“ der Zeitpunkt, wann auf die Erfüllung gedrungen werden kann, in das Belieben der Klägerin gestellt und somit kein Termin festgesetzt ist, von welchem anfangend die im §. 936 a. b. G. B. bestimmte einjährige Verjährungsfrist hätte in den Lauf kommen können. Endlich kann auch darin, daß das Klagbegehren nicht auf die schon dermalige Erfüllung der Verbindlichkeit, sondern blos auf das Anerkenntniß der Rechtfertigung der Pränotation gerichtet ist, ein Bedenken nicht gefunden werden, weil ja, wie oben bemerkt, der Zeitpunkt, wann die wirkliche Erfüllung der Verbindlichkeit des Geklagten gefordert werden will, der Klägerin vertragsmäßig anheimgestellt ist, ihr aber nicht verwehrt werden kann, mittlerweile gegen den mit den Grundparcellen in einer ihre Rechte gefährdenden Weise gebarenden Geklagten die unbedingte Sicherstellung dieser Rechte zu erwirken.

Nr. 3080.

Erlag der Schuld bei einem anderen als dem erkennenden Gericht und mit der Bitte um Hemmung der Execution bis zum Ausgang eines Strafprocesses.

Entsch. v. 16. Juni 1868, Nr. 6027 (Best. des das Decr. des B. G. Neustraschitz v. 8. Februar 1868, Nr. 634, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 31. März 1868, Nr. 17021). G. H. 1868, S. 292.

Nachdem vom Handelsgerichte in Prag dem A für seine urtheilsmäßige Wechselforderung gegen B die executive Sequestration der Wirthschaft des Letzteren bewilligt und von dem B. G. Neustraschitz als Realgericht vollzogen worden war, deponirte B den ganzen Schuldbetrag bei dem letzteren Gericht mit der Bitte um Sistirung der Execution bis zur Austragung der von ihm gegen A gemachten strafgerichtlichen Anzeige wegen Betruges durch Fälschung des eingeklagten Wechsels. — Das vom Gericht Neustraschitz bewilligte Gesuch wurde in zweiter Instanz abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung des O. L. G., weil, so wie die Bewilligung, auch die Einstellung der Execution dem Erkenntnißgericht, d. i. dem Prager Handelsgericht, zusteht; weil, hievon abgesehen, B in seinem Sistirungsgesuch nicht dargethan hat, daß die gegen A vorgebrachte Beschuldigung für eine zur Einleitung der strafgerichtlichen Untersuchung hinreichende Anzeigung zu halten ist (Hofdecret vom 6. März 1821, J. G. S. Nr. 1743), und weil der Schuldbetrag von ihm nicht zum Zweck der Ausfolgung an A, sondern gerade in der Absicht deponirt worden ist, um ihn dem A nicht zukommen zu lassen, somit der Erlag als ein dem Urtheil nachgefolgtes und die Erlöschung des gegnerischen Executionsrechtes im Sinne des Hofdecretes vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, herbeiführendes Factum nicht angesehen werden kann.

Nr. 3081.

Einfluß der Streitgenossenschaft auf den Ausfall des Haupteides.

Entsch. v. 17. Juni 1868, Nr. 6078 (Best. des das Decr. des B. G. Herzogenburg v. 19. März 1868, Nr. 1119, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 15. April 1868, Nr. 6946). G. H. 1868, S. 299.

Die Beklagten B und C waren schuldig erkannt worden, „dem Kläger A 689 fl. zu zahlen, wenn sie den (rückschiebbar ihnen aufgetragenen) Haupteid (über den Klaggrund: Holzlieferungen des Klägers) nicht ablegen“. Der Eid wurde von Beiden angetreten, aber nur von B abgeschworen, worauf A die Execution gegen B und C auf die

vollen 689 fl. begehrte, die ihm vom obersten Gerichtshof bewilligt wurde, weil in dem vorausgegangenen Urtheil der Fall einer theilweisen Nichtantretung, Zurückschiebung oder Nichtablegung des zugelassenen Haupteides nicht vorgesehen, vielmehr die Entbindung beider Beklagten von der Zahlung der 689 fl. von dessen Ableistung durch Beide abhängig gemacht ist, was auch in der Gemeinschaftlichkeit des Rechtsgeschäftes (Holzkauf beider Beklagten einerseits mit dem Kläger andererseits), aus welchem sie auf die Zahlung belangt wurden, ihre Begründung findet, während die Zulassung eines im Betreff des Haupteides verschiedenen Benehmens beider Streitgenossen zu dessen Ablegung sowohl auf der einen wie auf der anderen Parteiseite hätte führen können.

Nr. 3082.

Theilbarkeit der urtheilsmäßigen Eidesformel.

Entsch. v. 18. Juni 1868, Nr. 5854 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 21. Februar 1868, Nr. 9971, abänd. Decr. des O. L. Wien v. 7. April 1868, Nr. 5967). G. Z. 1868, S. 98.

A stellte das Begehren um Gestattung, den sententionirten, ihm zurückgeschobenen Haupteid hinsichtlich jedes einzelnen im Urtheile bezeichneten Gegenstandes mit der im Urtheile ausgedrückten Wirkung abzulegen. — Das Gericht erster Instanz wies ihn ab, weil bei Ablegung eines urtheilsmäßigen Eides über den Inhalt der Eidesformel nur das rechtskräftige Urtheil maßgebend sein und ohne Zustimmung des Gegners hievon nicht abgegangen werden kann. — Vom O. L. G. wurde hingegen dem Begehren stattgegeben, weil in dem über das Eigenthum des Klägers an den gepfändeten Sachen gefällten Urtheil dieselben nicht als eine Gesammtheit von Sachen, sondern nur als einzelne Gegenstände, welche unter sich in keinem Zusammenhange stehen, angeführt werden, und es daher so zu betrachten ist, als wäre hinsichtlich jedes einzelnen Gegenstandes ein abgesondert für sich geltender Spruch gefällt worden, wonach dagegen, daß der Kläger den ihm in Betreff aller Gegenstände zurückgeschobenen Haupteid nur bezüglich einzelner ablege, schon nach dem Inhalte des Urtheils und der Eidesformel kein Anstand obwaltet und Kläger keiner besonderen Ermächtigung bedarf, den Eid nur in Ansehung einzelner Gegenstände abzulegen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung, da es noch keine Aenderung der im Urtheile normirten Eidesformel enthält, wenn der Kläger den ihm über den Ankauf mehrerer unter sich in gar keinem rechtlichen Zusammenhange stehenden Gegenstände zurückgeschobenen Haupteid nur rücksichtlich einiger dieser Gegenstände ablegt, weshalb es ihm auch unbenommen bleiben muß, ungeachtet

der Eid rücksichtlich sämmtlicher Gegenstände angetreten wurde, dennoch bei der zur Ablegung des Eides angeordneten Tagsatzung den Eid nur rücksichtlich einzelner Gegenstände mit der in der Eidesformel vorkommenden Bezeichnung derselben zu leisten, wodurch auch jeder Zweifel, bezüglich welcher Gegenstände der Eid geleistet worden sei, beseitigt wird.

Nr. 3083.

Actio Publiciana.

Entsch. v. 23. Juni 1868, Nr. 3512 (Best. des Urth. des B. G. Krzeszowice v. 31. August 1867, Nr. 2004, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau v. 12. Dec. 1867, Nr. 18353). G. H. 1868, S. 365.

A, als Erbe des M, belangte den B, Besitzer der Grundparcellen Nr. 1032 und 1033, mit der publicianischen Klage auf deren Herausgabe. Der Beklagte wendete ein, daß M mit dem notariellen Vertrag, wodurch derselbe von seiner Wirthschaft einen Ueberlandgrund „im Flächenmaße von 2 Joch 1294 Quadratklafter" ihm verkaufte, auch die obigen Parcellen verkauft habe. Der producirte Vertrag enthält nicht die Angabe der Parcellennummer und der Grenzen des Kaufobjectes; vom Kläger selbst wurde aber zugestanden, daß der dem B verkaufte Ueberlandgrund, anstatt des im Vertrag bezeichneten Flächenmaßes, nur 2 Joch 130 Quadratklafter enthält.

In Uebereinstimmung mit der ersten Instanz hat der oberste Gerichtshof das in zweiter Instanz zugelassene Klagbegehren abgewiesen. Gründe: Bei der für den beklagten Besitzer streitenden Vermuthung seines rechtlichen Titels (§. 323 a. b. G. B.) oblag dem Kläger der Beweis des beklagterseits abgeleugneten Umstandes, daß M zur Zeit seines Todes Eigenthümer der Parcellen Nr. 1032 und 1033 gewesen ist, umsomehr, da Alles dafür spricht, daß M dieselben dem Beklagten verkauft hatte. In der That: der Kläger selbst gesteht, daß der dem B verkaufte Ueberlandgrund nur 2 Joch 130 Quadratklafter umfaßte, wogegen nach dem notariellen Instrument demselben eine Grundfläche von 2 Joch 1294 Quadratklafter verkauft worden ist, woraus hervorgeht, daß jener Vertrag noch andere Grundstücke umfaßte; der Kläger gesteht ferner, daß die eingeklagten Parcellen zusammen 1164 Quadratklafter halten, wonach sie mit dem obigen Ausmaß von 2 Joch 130 Quadratklafter genau die verkaufte Fläche von 2 Joch 1294 Quadratklafter ausmachen, und daß der Beklagte bei der Uebernahme des gekauften Grundes auch diese Parcellen in den Besitz übernommen hat. Bei solcher Sachlage hatte der Kläger zu beweisen, daß von M dem B, außer dem 2 Joch 130 Klafter haltenden Grundstück, nicht die Parcellen Nr. 1032 und 1033, sondern andere Parcellen verkauft wurden. Da er nun diesen Beweis

nicht erbracht hat, so mußte sein Klagbegehren verworfen werden, indem der einzige Umstand, daß er von Nr. 1032 und 1033 die Steuern entrichtet, für die Lösung der Frage des Besitzrechtes unerheblich ist.

Nr. 3084.

Verjährung des Anspruches auf Ergänzung des Pflichttheiles. Unbestimmtheit des Klagbegehrens.

Entsch. v. 23. Juni 1868, Nr. 4166 (Best. der gleichförmigen Urth. des K. G. Zloczow v. 20. August 1866, Nr. 4865, Best. der Urth. des O. L. G. Lemberg v. 18. Sept. 1867, Nr. 20979). G. Z. 1869, Nr. 41.

Das Testament der M ward am 19. August 1856 kundgemacht und der durch dasselbe in ihrem Pflichttheil verkürzten A, Tochter der M, welche in Posen wohnte, erst durch den Bescheid vom 28. October 1857, zugestellt am 5. Jänner 1858, die Einleitung der Verlassenschaftsabhandlung sowie mit Bescheid vom 6. October 1858 der Inhalt des Testamentes bekannt gegeben. Am 9. August 1863 brachte die A eine Klage ein, in welcher sie die Ergänzung ihres Pflichttheiles in dem ganzen Betrage begehrte, „welcher sich aus der gerichtlichen Schätzung der zum Nachlaß gehörigen Liegenschaften ergeben wird". Diese Klage wurde von allen drei Instanzen zurückgewiesen. Die erste Instanz constatirt die Verkürzung, und bemerkt dann: „Es lag der Klägerin ob, da sie den ihr gebührenden Pflichttheil anspricht, ihr Begehren genau zu bestimmen, wie dies in §. 7 westg. G. O. vorgeschrieben ist, was übrigens auch nach §. 325 westg. G. O., wonach das Urtheil, dem Begehren der Parteien gemäß, verständlich und klar abgefaßt werden muß, nothwendig erscheint; die Schöpfung eines solchen Spruches kann aber in Anbetracht, daß das Begehren der Klägerin ungenau und unbestimmt ist, nicht erfolgen; in der Klage nämlich ist der Betrag nicht angegeben, welcher als Pflichttheil angesprochen wird, sondern es wird diesfalls blos auf die erst vorzunehmende Schätzung verwiesen. Es kann also schon deshalb, weil das Klagbegehren ungenau ist, demselben nicht stattgegeben werden, zumal überdies noch die vom Gegner gemachte Einwendung der Verjährung gegründet ist. Nach §. 1487 a. b. G. B. erlischt das Recht, den Pflichttheil oder dessen Ergänzung zu fordern, binnen drei, in dem fraglichen Falle aber, da die Klägerin im Großherzogthume Posen ihren ordentlichen Wohnsitz hat, in sechs Jahren (§. 1475 a. b. G. B.); als Anfangspunkt der Verjährungszeit muß hier der 19. August 1856, an welchem Tage das Testament publicirt wurde, angenommen werden, denn die Klägerin hat nicht bewiesen, daß der Inhalt desselben ihr erst später bekannt geworden sei; diesen Beweis bildet nicht der Bescheid vom 6. October 1858, weil

derselbe nicht die Möglichkeit ausschließt, daß die Klägerin in anderer Weise den Inhalt des gedachten Testamentes erfahren hat. Da nun vom 19. August 1856 bis zum Klagtage mehr als sechs Jahre verstrichen sind, so sind auch die Rechte der Klägerin durch Verjährung erloschen". Gründe der zweiten Instanz: Der Bescheid des Kreisgerichtes Z vom 28. October 1857, womit der Klägerin die Einleitung der Verlassenschaftsabhandlung nach M, sowie das ihr von letzterer zugedachte Vermächtniß bekannt gegeben wurde — ist derselben am 5. Jänner 1858 zu Handen ihres Ehegatten zugestellt worden. Sie hat aber ihre Klage erst am 9. August 1863, also längst nach Ablauf der dreijährigen Verjährungszeit (§. 1487) angebracht; die doppelte Verjährungszeit kann der Klägerin, wiewohl sie im Auslande ihren ordentlichen Wohnsitz hat, nicht zu statten kommen, weil in den §§. 1487—1492 a. b. G. B. die Fälle der außerordentlichen Verjährung bestimmt sind (was auch die Randrubrik des §. 1486 bestätigt). Da nun das Recht, den Pflichttheil oder die Ergänzung desselben zu verlangen, binnen der außerordentlichen dreijährigen Verjährungsfrist (§. 1487 a. b. G. B.) erlischt, so kann die Bestimmung des §. 1475, welcher blos auf die ordentliche Verjährung sich bezieht, zu Gunsten der A nicht in Anwendung gebracht werden, namentlich wenn man bedenkt, daß §. 1475 a. b. G. B. ausdrücklich festsetzt: „der Aufenthalt des Eigenthümers außer der Provinz, in welcher sich die Sache befindet, steht der ordentlichen Ersitzung insofern entgegen, als" u. s. w.

Das Urtheil des obersten Gerichtshofes beruhte auf folgenden Gründen: Was die von dem Geklagten gemachte Einwendung anbetrifft, daß die Befugniß der Klägerin, den Pflichttheil anzusprechen, durch Verjährung erloschen sei, so kann in der Behauptung des Obergerichtes, daß die Verjährung im vorliegenden Falle ausschließlich nach der allgemeinen Regel des §. 1487 a. b. G. B. ohne Rücksicht auf §. 1475 berechnet werden soll, keine Gesetzwidrigkeit gesehen werden; denn aus dem klaren Wortlaute des §. 1475 ist zu entnehmen, daß die in demselben enthaltene Bestimmung nur auf die Fälle der ordentlichen, nicht aber auf die der außerordentlichen in den §§. 1487—1492 a. b. G. B. behandelten Verjährung anwendbar ist; in dem vorliegenden Rechtsstreite unterliegt daher das klägerische Pflichttheilsrecht der Verjährung binnen drei Jahren, welche auch mit Rücksicht darauf, daß die Klägerin, nachdem sie mit dem zu Handen ihres Gatten am 5. Jänner 1858 zugestellten Bescheide vom 28. October 1857 von dem Tod und dem letzten Willen der M verständigt worden ist, erst am 9. August 1863 die Klage einbrachte, bereits verstrichen sind. — Ueberdies ist zu bemerken, daß das Testament der M am 19. August 1856 bei dem Abhandlungsgerichte gehörig kundgemacht wurde, daß diese Veröffentlichung nach §. 62 des kais. Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, für alle Bethei-

ligten rechtsgiltig ist, man daher annehmen muß, die Klägerin habe schon an diesem Tage von der Existenz und dem Inhalt des Testamentes Kenntniß erlangt, weshalb auch die Verjährung des Pflichttheilsanspruches von jenem Tage zu laufen begonnen hat; da nun seit jenem Tage bis zur Einbringung der Klage mehr als sechs Jahre verstrichen sind, so ist dieses Recht sogar nach der für die A günstigeren Berechnung im Sinne des §. 1475 a. b. G. B. durch Verjährung erloschen. — Wenn man nebstdem in Erwägung zieht, daß der Abhandlungsrichter weder nach §. 276 a. b. G. B., noch nach dem kais. Patente vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, verpflichtet war, für die Klägerin einen Curator zu bestellen, da ihr Aufenthaltsort im Auslande bekannt und sie, weil volljährig, alle gerichtlichen Bescheide anzunehmen befugt war, daß ferner die Klagbitte selbst nicht klar und bestimmt gefaßt ist (§. 7 westg. G. O.), indem die Klägerin den als Pflichttheil ihr zu zahlenden Betrag nicht angegeben hat, so erscheint die Abweisung ihres Begehrens in jeder Hinsicht als gegründet und mit den Gesetzen übereinstimmend.

Nr. 3085.

Verhältniß der Gerichte zu den Verwaltungsbehörden: Competenz zur Entscheidung über Armenversorgungsansprüche.

Entsch. v. 23. Juni 1868, Nr. 6424 (Best. des Decr. des K. G. St. Pölten v. 16. März 1868, Nr. 500). G. H. 1868, S. 285. G. Z. 1868, Nr. 104.

Die Klage der A gegen die Gemeinde B auf Ersatz der von ihr bestrittenen Kosten der Verpflegung und Krankheit des in B heimatsberechtigten verwaisten Kindes C als eines von der Klägerin für die hiezu verpflichtete Beklagte gemachten Aufwandes (§. 1042 a. b. G. B.) wurde von dem Gerichte erster Instanz wegen Incompetenz a limine abgewiesen, und in Folge ihres Recurses die Angelegenheit zur Entscheidung nach dem Hfd. v. 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669, dem obersten Gerichtshof vorgelegt, welcher in Uebereinstimmung mit dem Ministerium des Innern die erstgerichtliche Ablehnung bestätigte. Gründe: Das Gericht müßte auch die Frage nach der Verpflichtung der beklagten Gemeinde zur Verpflegung des Kindes C entscheiden. Hiezu ist es aber nicht berufen, weil nach dem §. 36 des Heimatsgesetzes vom 3. December 1863, R. G. Bl. Nr. 105, die Verhandlung und Entscheidung in den das Heimatsrecht betreffenden Angelegenheiten, außer den im Gesetz ausdrücklich ausgenommenen Fällen — wozu aber der gegenwärtige Fall nicht gehört — der politischen Behörde zugewiesen ist; nach §. 39 ebendort selbst die Ersatzansprüche einer Gemeinde gegen eine andere Gemeinde wegen

bestrittener Verpflegungskosten auf dem politischen Wege zu entscheiden sind, und nach §. 44 auch der Arme selbst einen Anspruch auf die Versorgung gegen die Gemeinde, in welcher er heimatsberechtigt ist, nicht im Rechtswege geltend machen, sondern nur in dem von der Gemeindeordnung festgesetzten Beschwerdezug austragen kann.

Nr. 3086.

Unzulässigkeit der Prorogation von einem Bezirksgericht vor einen Gerichtshof.

Entsch. v. 24. Juni 1868, Nr. 6342 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Znaim v. 24. März 1868, Nr. 1560 und des O. L. G. Brünn v. 28. April 1868, Nr. 4766). G. H. 1868, S. 320. G. Z. 1868, Nr. 95.

In dem von B der Sparcasse von Znaim über ein Darlehen von 800 fl. ausgestellten Schuldschein hatte sich B dem Gerichtsstand der Sparcasse unterworfen. Die Sparcasse nahm als ihren Gerichtsstand das Kr. G. Znaim in Anspruch und belangte bei demselben den für seine Person dem dortigen Bezirksgericht unterstehenden B auf Zurückzahlung des Darlehens. — Die Klage wurde von beiden Untergerichten mit der Motivirung a limine zurückgewiesen, daß nach §. 47, 2. alinea der J. N. für Rechtssachen, die vor ein Bezirksgericht gehören, die Verhandlung vor einem Gerichtshof erster Instanz nicht bedungen werden darf.

Der a. o. Recurs der Klägerin, worin sie ausführte, daß im §. 47 J. N. der §. 55 desselben Gesetzes citirt ist, welcher die Streitigkeiten über Besitzstörungen behandelt und den Bezirksgerichten zuweiset, mithin die Unzulässigkeit der Vereinbarung auf einen Gerichtshof erster Instanz nach §. 47 nur für jene Streitsachen gilt, die ausschließlich vor ein Bezirksgericht gehören — wurde vom obersten Gerichtshof mit Hinweisung auf die Begründung der Untergerichte verworfen.

Nr. 3087.

Befreiung der Bezüge öffentlicher Beamten von der Execution: Diurnisten.

Entsch. v. 25. Juni 1868, Nr. 6251 (Best. des Decr. des K. G. Reichenberg v. 18. April 1868, Nr. 2373, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 5. Mai 1868, Nr. 13858). G. H. 1868, S. 336.

Das Gesuch des A gegen den Diurnisten der Reichenberger Handelskammer B um executive Einantwortung einer Portion des

Diurnums wurde vom O. L. G. abgewiesen, weil nach dem Patent vom 25. October 1798, J. G. S. Nr. 436, die Gehalte der öffentlichen Beamten und in Folge des Hofdecretes vom 30. Aug. 1805, J. G. S. Nr. 743, auch die Taggelder der Diurnisten von der Execution ausgenommen, zu den öffentlichen Beamten aber auch die Bediensteten der Handelskammern, als öffentliche Anstalten, zu zählen sind.

Der oberste Gerichtshof bewilligte das Executionsgesuch mit Berufung auf das neuere Hofd. v. 22. Aug. 1835, J. G. S. Nr. 80 (Executionsfähigkeit der Diurnen von Personen, die nicht „wirkliche Staatsbeamte" sind).

Nr. 3088.

Gerichtsstand des Vertrages: Bezeichnung des Zahlungsortes in der Factura.

Entsch. v. 1. Juli 1868, Nr. 6045 (Best. des das Urth. des B. G. der Alt- und Neustadt Prag v. 22. October 1867, Nr. 50647, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 16. März 1868, Nr. 7608). G. H. 1868, S. 307.

Gegen die beim B. G. Alt- und Neustadt Prag als Gerichtsstand des Vertrages (§. 43 der Jurisd.-Norm) angebrachte Klage des A gegen B pto. Zahlung von 24 fl. für dem Beklagten verkaufte Kleider erhob dieser die exc. fori declinatoria, welche vom obersten Gerichtshof unter der Bedingung des Haupteides des A abgewiesen wurde, weil, wenn der Kläger mit seinem Eid beschwört, daß B gegen die zugleich mit den Kleidern ihm zugesendete Rechnung nichts eingewendet hat und in der Rechnung enthalten war, daß die Zahlung in Prag zu leisten sei, die stillschweigende Einwilligung desselben zur Zahlungsleistung in Prag festgestellt ist.

Nr. 3089.

Competenz zur Amortisirung einer Lebensversicherungspolice. Berücksichtigung eines erst zur Zeit der Entscheidung in der früheren Instanz wirksam gewordenen Gesetzes.

Entsch. v. 1. Juli 1868, Nr. 6618 (Best. des das Decr. des K. G. Wiener-Neustadt v. 28. April 1868, Nr. 1507, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 12. Mai 1868, Nr. 8854). G. H. 1868, S. 311.

Das am 25. April 1868 beim Kr. G. Wiener-Neustadt überreichte Gesuch des A um Amortisation einer ihm in Verlust gerathenen Lebensversicherungspolice der Ersten österr. Versicherungsanstalt wurde in erster Instanz wegen Incompetenz des angerufenen Gerichtes abgewiesen, weil Policen der Versicherungsgesellschaften nicht den öffent-

lichen Creditpapieren gleich zu halten sind, für welche nach §. 32 Jurisd.-Norm die Amortisation beim Gerichtshof (nicht beim Einzelgerichte) anzusuchen ist. — Das O. L. G. hat am 12. Mai 1868, mit Berufung auf das inzwischen — am 8. Mai — im R. G. Bl. unter Nr. 36 erschienene Gesetz vom 3. Mai 1868 über die Zuständigkeit und das Verfahren bei Amortisirung der von Privaten ausgegebenen Werthpapiere, den Bescheid der ersten Instanz aufgehoben und dem Kr. G. aufgetragen, das Gesuch dem A vorläufig zur Angabe jener factischen Verhältnisse zurückzustellen, woraus zu beurtheilen sein wird, welches Gericht nach der neuen Vorschrift desfalls zuständig ist.

Auf den Recurs des A, worin er anführte, daß das Gesetz vom 3. Mai 1868, Nr. 36, zur Zeit, vor Verstreichung der 45 Tage seit dessen Aufnahme im R. G. Bl. (§. 8 des Patentes v. 27. December 1852, R. G. Bl. Nr. 260), noch nicht wirksam und, davon abgesehen, auf den vorliegenden Fall überhaupt nicht anzuwenden sei, weil es sich nur auf Werthpapiere beziehe, eine Lebensversicherungspolice aber kein Werthpapier sei — hat der oberste Gerichtshof die Verordnung des O. L. G. bestätigt, weil die fragliche Police als ein von einem mit Staatsbewilligung errichteten und der Staatsaufsicht unterstehenden Verein ausgegebenes, wenn auch nicht für den Verkehr bestimmtes, doch jedenfalls einen Werth repräsentirendes Papier, mithin als ein Effect von der Kategorie, wofür das Gesetz v. 3. Mai 1868, Nr. 36, erlassen wurde, anzusehen ist; weil zur Zeit (1. Juli), nachdem das citirte Gesetz in Wirksamkeit getreten ist, für die Frage der Zuständigkeit zu dem Amortisationsverfahren, das noch nicht eingeleitet worden ist, sondern erst eingeleitet werden soll, eben nur das neue Gesetz als maßgebende Norm betrachtet werden kann und somit, da nach §. 1 desselben die Amortisationsverhandlung dem Landes- oder Kreisgericht zusteht, in dessen Sprengel der Sitz der Gesellschaft, des Vereines, der Anstalt oder ihrer Zweigniederlassung, die das Werthpapier selbständig ausgegeben hat, sich befindet, der obergerichtliche Auftrag zur vorläufigen Angabe dieser für die Competenz entscheidenden factischen Verhältnisse sachgemäß war.

Nr. 3090.

Execution zur Einbringung von Aerarialforderungen: Erkenntniß der Finanzbehörde über eine Tabakcreditschuld.

Entsch. v. 2. Juli 1868, Nr. 6493 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Friedland v. 25. Sept. 1867, Nr. 4888 und des O. L. G. Prag v. 8. Jänner 1868, Nr. 38162). G. H. 1868, S. 255. G. Z. 1868, Nr. 71.

Das Gesuch der Finanzprocuratur in Vertretung des k. k. Aerars gegen B um Intabulation des executiven Pfandrechtes beruhte

auf dem Ersatzerkenntniß der Finanzbezirksdirection in Jungbunzlau für eine Tabakcreditschuld des B von 1399 fl. und wurde von beiden Untergerichten, und zwar vom O. L. G. in der Erwägung bewilligt, daß nach Maßgabe des Patentes vom 16. Jänner 1786, J. G. S. Nr. 516, die Einräumung des executiven Pfandrechtes durch die von der Finanzbezirksdirection hinausgegebene und mit Rücksicht auf den Tag der Zustellung an B bereits rechtskräftige Abrechnungserledigung gesetzlich begründet ist. — Dagegen ergriff B den Recurs, worin er sich auf das Hofdecret vom 18. September 1786, J. G. S. Nr. 577, (lit. c: Unzulässigkeit der vom Fiscalamt vor erfolgtem richterlichen Urtheil begehrten Execution) berief und anführte, daß das im obergerichtlichen Bescheid citirte Patent vom 16. Jänner 1786, Nr. 516, auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil die Verordnung der Finanzbehörde rechtskräftig geworden ist und von der Finanzbehörde nicht erst im ordentlichen Rechtswege zur Geltung gebracht, daher die Execution nicht verweigert werden kann.

Nr. 3091.

Unzulässigkeit einer alternativ gegen den Belangten oder dessen (nicht benannte) Erben gerichteten Klage.

Entsch. v. 2. Juli 1868, Nr. 6549 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Geras v. 18. April 1868, Nr. 578 und des O. L. G. Wien v. 5. Mai 1868, Nr. 8641). G. H. 1868, S. 321.

In Erwägung, daß nach der Einantwortung der Verlassenschaft der Erblasser selbst dann, wenn es sich um eine intabulirte Forderung gegen denselben handelt und er noch als Besitzer der Pfandsache im Grundbuche steht, nicht mehr als ein mittelst Klage verfolgbares Rechtssubject erscheint und auch nicht von der Aufstellung eines Curators die Rede sein kann, sondern die Klage des Gläubigers gegen die in die Rechte und Pflichten des Verstorbenen getretenen Personen zu richten ist, deren Bezeichnung aber dem Kläger, nicht dem Gericht obliegt — hat der oberste Gerichtshof den a. o. Recurs des A gegen die untergerichtlichen Verordnungen verworfen, womit dessen Klage „gegen M, beziehungsweise dessen Erben und Rechtsnachfolger oder den aufzustellenden Verlassenschaftscurator“ wegen Zahlung von 200 fl. (nach bereits erfolgter Erbschaftseintantwortung) a limine zurückgewiesen wurde.

Nr. 3092.

Ausziehstreitsachen: Unterlassung der Erwähnung der achttägigen Einwendungsfrist bei Zustellung der Aufkündigung.

Entsch. v. 2. Juli 1868, Nr. 6619 (Best. des Decr. des B. G. Urfahr v. 2. Juni 1868, Nr. 3099, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 10. Juni 1868, Nr. 11156). G. H. 1868, S. 329.

Nach Verlauf von mehr als acht Tagen, seitdem die von B gerichtlich angebrachte Aufkündigung der Miethe einer Hauslocalität dem Gegner A, jedoch ohne Festsetzung einer Frist zum Anbringen der Einwendungen gegen dieselbe, zugestellt worden war, trat der Letztere gegen B mit einer Klage pto. Erfüllung eines Bestandvertrages auf, der nach seiner Anführung auch die obige Localität umfaßte. Darauf begehrte B, wegen eingetretener Rechtskraft seiner Kündigung, die Delogirung des A. — Dieses Gesuch wurde in erster Instanz wegen Anhängigkeit des von A gegen B eingeleiteten Streites pto. Zuhaltung des Pachtvertrages abgewiesen. Das O. L. G. bewilligte die Delogirung.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung, weil A — gegen die Vorschrift des §. 6 der kais. Vdg. vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 — von der Aufkündigung nicht mit dem Beisatz verständigt wurde, daß Einwendungen dagegen nur binnen acht Tagen angebracht werden können, mithin die durch die Klage des A gegen B erfolgte Bestreitung der Kündigung allerdings zu berücksichtigen ist.

Nr. 3093.

Verpflichtung der gesetzlichen Erben zur Verständigung der Legatare, ungeachtet der offenbaren Ungiltigkeit des Testamentes.

Entsch. v. 7. Juli 1868, Nr. 6864 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 11. März 1868, Nr. 3833 und des O. L. G. Wien v. 5. Mai 1868, Nr. 8241). G. Z. 1868, Nr. 85. Zeitschr. f. d. österr. Notariat 1869, Nr. 21.

Nach dem Tode des M wurde dessen allographes, nur von zwei Zeugen mitgefertigtes Testament publicirt. Die darin eingesetzten gesetzlichen Erben erkärten sich wegen des erwähnten Formgebrechens nicht als Erben aus dem Testamente, sondern aus dem Gesetze und die Abhandlung wurde auf Grund dieser Erbserklärung gepflogen. Nachdem dieselbe zu Ende war, erließ das Abhandlungsgericht an die Erben die Aufforderung, das Einantwortungsgesuch, in welchem auch die Verständigung der im Testamente vorkommenden Legatare aus-

zuweisen sie, binnen sechs Wochen einzubringen. Dagegen ergriffen die Intestaterben den Recurs, welcher jedoch vom O. L. G. aus folgenden Gründen abgewiesen wurde: Es liegt eine von dem Erblasser unterschriebene letztwillige Anordnung vor, deren Gültigkeit von den Recurrenten wegen Abganges der gesetzlichen Förmlichkeiten bestritten wird. Inwiefern aber ein rechtlicher Anspruch noch nicht erloschen ist; es steht der Abhandlungsbehörde nicht zu, über diese Frage ohne weiters im außerstreitigen Wege zu entscheiden, sondern sie muß vielmehr den dabei betheiligten Personen selbst überlassen, ihre allfälligen Ansprüche aus dieser letztwilligen Anordnung im gehörigen Wege geltend zu machen; zu diesem Ende ist es aber vor Allem nothwendig, daß dieselben von der Existenz der betreffenden letztwilligen Anordnung Kenntniß erlangen, und da es der Abhandlungsbehörde obliegt, dafür zu sorgen, daß dies geschehe, so stellt sich die angefochtene Verfügung als gerechtfertigt dar.

Der oberste Gerichtshof bestätigte ebenfalls den erstrichterlichen Bescheid. Gründe: Nach §. 817 a. b. G. B. und §. 161 des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, haben die Erben die Befriedigung der Legatare darzuthun, und wenn auch dabei zunächst eine giltige letztwillige Erklärung vorausgesetzt ist, in dem vorliegenden Falle aber das Testament, in welchem die Vermächtnisse bestimmt sind, als nicht mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehen, der Verlassenschaftsabhandlung nicht zu Grunde gelegt wurde, kann doch auch in diesem Falle die Abforderung des Ausweises über die Befriedigung der Legatare nicht als dem Geiste und der Absicht des Gesetzes zuwiderlaufend angesehen werden, weil den Legataren doch die Möglichkeit verschafft werden muß, wenn sie die Gültigkeit der Vermächtnisse behaupten zu können vermeinten, ihre Ansprüche darauf geltend zu machen.

Nr. 3094.

Entscheidender Einfluß des Begehrens um Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung auf die Eidesleistung.

Entsch. v. 7. Juli 1868, Nr. 6904 (Best. des Decr. des L. G. Wien vom 5. Mai 1868, Nr. 25623, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 18. Mai 1868, Nr. 9444). G. H. 1868, S. 320.

In der Rechtssache des A gegen B war der Kläger durch Urtheil der zweiten Instanz zu einem Erfüllungseide zugelassen und die Tagfahrt zur Ablegung des von ihm angetretenen Eides anberaumt worden, als B mit Berufung auf die von ihm angestellte Restitutionsklage wegen schlechter Vertretung zum Zwecke seiner Revisionsbeschwerde gegen das obergerichtliche Urtheil die Erstreckung

der Eidestagfahrt bis zur Entscheidung über die Restitution begehrte. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde vom O. L. G. in der Erwägung abgewiesen, daß die angebrachte Restitutionsklage nach den Hofdecreten vom 25. August 1783, Nr. 179 und 14. November 1785, Nr. 495 der J. G. S. in keinem Falle die Wirkung hat, den Zug des Verfahrens im Geringsten zu hemmen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, weil es sich um die Wiedereinsetzung wegen einer durch Verschulden des Rechtsfreundes verstrichenen Fallfrist handelt, bei welcher nach dem Patent vom 1. Juli 1790, J. G. S. Nr. 31, „vor Erledigung des Einsetzungsgesuches in der Hauptsache nicht weiter verfahren werden kann", und die Ableistung eines entscheidenden Parteieneides wohl auch noch zum Verfahren in der Hauptsache gehört.

Nr. 3095.

Rangordnung der Proceßkosten bei der Meistgebotsvertheilung.

Entsch. v. 9. Juli 1868, Nr. 6747 (Best. des Decr. des B. G. Opočno v. 16. Jänner 1868, Nr. 6574, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 27. April 1868, Nr. 11803. G. H. 1868, S. 312.

In der Vertheilung des Meistgebotes für die auf Einschreiten des A executiv versteigerten Liegenschaft seines Schuldners hat das O. L. G. 1. die dem A erwachsenen Schätzungs- und Feilbietungskosten vor allen Gläubigern und 2. die sonstigen Kosten desselben und der Satzgläubiger B und C in der Rangordnung des Pfandrechtes ihrer Capitalsforderungen locirt, obgleich sie nicht besonders intabulirt worden waren.

Auf den Recurs des jüngeren Pfandgläubigers D wurden vom obersten Gerichtshofe die ad 2. erwähnten Kosten seiner Satzpost nachgesetzt, weil bei jeder Meistgebotsvertheilung der Grundbuchsstand maßgebend ist, folglich nur die mit Pfandrecht im Grundbuch wirklich bedeckten Forderungen an Haupt- und Nebengebühren und nur in der aus dem Grundbuch ersichtlichen Rangordnung auf das Meistgebot angewiesen werden dürfen, wornach die Klage-, Proceß- und Pfandrechtseinverleibungskosten — selbst wenn das erworbene Pfandrecht ein executives ist — den Anspruch auf Befriedigung aus dem Meistgebot nur wenn dafür das Pfandrecht wirklich erworben wurde, und nur in der dafür erworbenen Rangordnung haben, indem die §§. 447 und 466 a. b. G. B., womit das O. L. G. seine Entscheidung motiviren will, über die grundbücherliche Rangordnung gar keine Bestimmung enthalten und daher die den Kosten ad 2. ohne weiters zuerkannte gleiche Rangordnung mit dem Capital nicht zu rechtfertigen vermögen.

Nr. 3096.

Realgerichtsstand: Cumulirung von Ansprüchen auf Grundstücke, die in verschiedenen Sprengeln liegen.

Entsch. v. 15. Juli 1868, Nr. 7000 (Best. des des Decr. des L. G. Wien v. 5. Mai 1868, Nr. 24720, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 12. Mai 1868, Nr. [illegible]). G. H. 1868, S. 317.

Die Klage des Verkäufers A wider den Käufer B pto. Ungiltigerklärung eines über Immobilien geschlossenen Kaufvertrages, Löschung der grundbücherlichen Eigenthumseintragung des B, Gewähranschreibung des A und Herausgabe der Realitäten wurde vom L. G. Wien a limine abgewiesen, weil nicht alle betreffenden Liegenschaften seiner Realgerichtsbarkeit, sondern einige davon jener des B. G. Hernals unterworfen sind (§§. 50 und 52 Jurisd.-Norm.). Das O. L. G. verordnete dem L. G. die Verbescheidung der Klage mit Abstandnahme von dem angeführten Abweisungsgrund.

Der Recurs des Beklagten, worin er geltend machte, daß der Gerichtsstand zusammenhängender Streitsachen dem Realgerichtsstand nicht derogiren könne, wurde vom obersten Gericht in der Erwägung verworfen, daß die Annullirung eines und desselben Kaufvertrages nicht mittelst besonderer Klagen bei den verschiedenen Gerichten begehrt werden kann; daß die anderen Petitspunkte nur als Consequenzen der begehrten Vernichtigung des Kaufvertrages sich darstellen, und das angerufene L. G. Wien nicht blos die Personalinstanz des Beklagten, sondern auch, mit Ausnahme einiger Ackergrundstücke, hinsichtlich der den Gegenstand des Kaufvertrages bildenden Liegenschaften die Realinstanz ist.

Nr. 3097.

Anspruch des Schuldners nach Tilgung der Schuld auf Rückstellung des Schuldscheines, eventuell Sicherstellung: Nothwendigkeit der Begründung und Präcisirung des Anspruches auf Sicherstellung.

Entsch. v. 21. Juli 1868, Nr. 4561 (Abänd. der Urth. des B. G. Gröbming v. 8. Mai 1868, Nr. 827 und des O. L. G. Graz v. 11. Dec. 1867, Nr. 12068). G. Z. 1868, Nr. 99.

Die A belangte den B auf Rückstellung eines Schuldscheines per 532 fl., eventuell im Falle des Verlustes desselben auf Sicherstellungsleistung. In erster Instanz wurde unbedingt, vom O. L. G. bedingt — wenn der Beklagte durch den referiblen Haupteid den Beweis, daß er den Schuldschein schon zurückgestellt habe, nicht herstellen sollte — dem Haupt- und Eventualbegehren stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof hat in Betreff des Hauptbegehrens das Urtheil der zweiten Instanz bestätigt,' dagegen das Eventualbegehren um Sicherstellung mit Abänderung beider Urtheile unbedingt abgewiesen. Gründe: Die Klägerin hat nach dem Zugeständnisse des Beklagten den Schuldbetrag von 532 fl. sammt Nebengebühren bezahlt. Beklagter hat darüber quittirt und es ist dieser Betrag von der Realität, worauf derselbe grundbücherlich versichert war, auch bereits gelöscht. Nach dem klaren Wortlaute des §. 1428 a. b. G. B. ist jedoch der Schuldner berechtigt, nebst der Quittung auch den Schuldschein zurückzufordern. Da nun der Beklagte auch zugesteht, einen Schuldschein über die obige Forderung besessen zu haben, da ferner das Recht der Zurückforderung des Schuldscheines auf einen bestimmten Zeitraum und insbesondere auf jenen bei Uebergabe der Quittung nicht beschränkt ist; da ferner nicht der Berechtigte verpflichtet ist, zu beweisen, daß das Forderungsrecht durch Erfüllung der Verbindlichkeit noch nicht erloschen ist, sondern der Verpflichtete die bereits geschehene Leistung zu erweisen hat, so muß dem Klagbegehren auf Rückstellung des Schuldscheines, eventuell dessen Amortisirung stattgegeben werden, wenn der Beklagte den von ihm angebotenen Beweis darüber, daß er den fraglichen Schuldschein bereits zurückgestellt habe, nicht herstellen sollte. Da nun der diesfalls angebotene Zeugenbeweis nicht gelungen ist, so mußte von dem Ergebnisse des ebenfalls hierüber aufgetragenen Haupteides der Urtheilsspruch abhängig gemacht und in dieser Beziehung das obergerichtliche Erkenntniß bestätigt werden. Die Klägerin hat aber auch das Begehren gestellt, den Beklagten für schuldig zu erkennen, im eventuellen Falle, wenn der Schuldschein verloren sein sollte, Sicherstellung zu leisten. Wenn nun auch dieses Recht, Sicherstellung zu fordern, im §. 1428 a. b. G. B. principiell enthalten ist, so kann doch der Urtheilsspruch sich nicht darauf beschränken, das Vorhandensein einer Verpflichtung im Principe auszusprechen, sondern es muß immer die Anwendung der gesetzlichen Verpflichtung auf den gegebenen Fall möglich sein. Hier hat aber die Klägerin nicht ausgesprochen, wofür Sicherstellung und in welcher Höhe dieselbe begehrt wird, dem diesfälligen Begehren kann also schon aus diesem Grunde nicht stattgegeben werden; es wäre das vorliegende Urtheil nicht executionsfähig, sondern ein zweiter Rechtsstreit nothwendig, um dies zu bestimmen. (§. 248 a. G. O. und Hfd. vom 14. Juni 1784, J. G. S. Nr. 306.) Es stand derselben frei, die Zahlung von der Bedingung der Sicherstellung abhängig zu machen oder den Schuldbetrag gerichtlich zu hinterlegen. Hat sie von diesen Befugnissen keinen Gebrauch gemacht, sondern unbedingte Zahlung geleistet, so kann sie das Geschehene nicht mehr rückgängig machen und das Gegebene nicht wieder zurücknehmen, zumal die gebotene Sicherstellung in ihrer Wirkung auf den Beklagten der zeitweiligen Rückforderung einer gezahlten Nichtschuld im Falle eines baaren Gelder-

lages gleich käme, zu einer solchen Forderung aber die Klägerin nach §§. 920 und 1431 a. b. G. B. nicht berechtigt ist. Endlich ist es, nachdem die Schuldforderung auf Grund der ausgestellten Quittung von der Realität X bereits grundbücherlich gelöscht ist, zweifelhaft, ob überhaupt eine Sicherstellung noch nothwendig ist. In dieser Beziehung mußten daher die beiden untergerichtlichen Urtheile abgeändert werden.

Nr. 3098.

Gesuch eines Zeugen um Zulassung zur Vervollständigung seiner Aussage.

Plenar-Entsch. v. 21. Juli 1868, Nr. 6954 (Best. des Decr. des H. G. Prag v. 9. April 1868, Nr. 18965, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 26. Mai 1868, Nr. 15040). G. H. 1868, S. 308.

Das Gesuch des in einem Rechtsstreit als Zeuge verhörten A um nochmalige Vernehmung zur Vervollständigung seiner Aussage wurde vom Gericht erster Instanz bewilligt, vom O. L. G. als gerichtsordnungswidrig abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof hat nach vorgängiger Berathung in plenissimo den erstgerichtlichen Bescheid bestätigt, „weil der §. 166 a. G. O. nur bestimmt, in welcher Art die von einem Zeugen während der Vorlesung seiner Aussage gemachte Aenderung oder Beisatz in das Protokoll aufzunehmen sei; das Hofdecret vom 30. Nov. 1810 (Krop.-Goutta'sche Gesetzsammlung Franz I. Bd. 28, S. 492) aber nur nach bereits geschlossener eidlicher Abhörung der Zeugen die wiederholte Abhörung eines Zeugen wegen angeblich besseren Erinnerns für unstatthaft erklärt, im vorliegenden Falle jedoch der Zeuge A, welcher am 31. December 1867 verhört wurde, schon am 14. Jänner 1868, lange bevor das Verhör mit den durch Urtheil zugelassenen Zeugen geschlossen war, die Eingabe gemacht hat, worin er, mit Berufung auf die mittlerweile aus seinen Geschäftsbüchern gewonnene Ueberzeugung seine abgelegte Zeugenaussage änderte, daher der vom H. G. beschlossenen neuerlichen Vernehmung desselben weder der §. 166 a. G. O. noch das erwähnte Hofdecret vom 30. November 1810 entgegensteht, zumal erst bei Entscheidung des Rechtsstreites zu erwägen sein wird, welche Beweiskraft der Aussage dieses Zeugen beizumessen ist.

Nr. 3099.

Gesuch eines Zeugen um Zulassung zur Vervollständigung seiner Aussage.

Entsch. v. 21. Juli 1868, Nr. 7104 (Best. des Decr. des B. G. St. Pölten v. 8. April 1868, Nr. 1329, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 19. Mai 1868, Nr. 9199). G. Z. 1868, Nr. 97.

In dem Processe des A wider B wurde C über die von beiden Theilen auf ihn gestellten Weisartikel als Zeuge vernommen. Nach drei Wochen überreichte der Beklagte ein vom Zeugen mitgefertigtes Gesuch um wiederholte Abhörung, da dem Zeugen Mehreres nun beigefallen sei, was er früher wegen Nichterinnerns nicht habe anbringen können. Der darüber vernommene Kläger protestirte gegen die wiederholte Abhörung des Zeugen. — Das Gericht erster Instanz hat die wiederholte Vernehmung des Zeugen bewilligt, weil die Vorschrift des Hofdecretes vom 30. Nov. 1810 (Krop.-Goutta G. S. Franz I. Bd. 28, S. 492) hier nicht anwendbar ist, welches nur den Fall normirt, daß ein Zeuge nach geschlossener Abhörung der Zeugen um eine neuerliche Vernehmung bittet, welcher Fall aber hier nicht eintritt, da die Zeugenvernehmung noch nicht geschlossen erklärt wurde, und sonach auch keinem Streittheile noch ein Recht hieraus erwachsen ist; weil dem Richter nach §. 154 a. G. O. auf die klare Ursache des Wissens zu dringen von Amtswegen obliegt, demnach auch die neuerliche Vernehmung des Zeugen mit dieser seine Glaubwürdigkeit constatirenden Vorsicht erfolgt; weil im Falle eines diese Glaubwürdigkeit in Zweifel ziehenden Umstandes bei Entscheidung dieses Processes darauf Rücksicht zu nehmen sein wird, die neuerliche Vernehmung des Zeugen C also nur im Interesse der Wahrheit und des Rechtes erfolgt. — Das O. L. G. hat das Gesuch um nochmalige Vernehmung des Zeugen abgewiesen, da nach §. 166 a. G. O. eine Aenderung in der Aussage eines Zeugen nur in dem Falle gestattet ist, wenn der Zeuge diese während der Verlesung seiner Aussage verlangt, eine nachträgliche Abänderung oder neuerliche Einvernehmung eines bereits abgehörten Zeugen aber nach dem citirten Hofdecrete vom 30. November 1810 weder auf Anlangen einer der im Streite befangenen Parteien, noch auf Anlangen des Zeugen selbst stattfinden kann, und der einzige Ausnahmsfall, daß nämlich das Zeugenverhör auf eine ungesetzliche Weise vorgenommen wurde, nach Lage der Verhandlung hier nicht eintritt. — In dem Revisionsrecurse wurde eingewendet, daß im Hofdecret vom 30. November 1810 unter der geschlossenen Abhörung nicht die des einzelnen, sondern aller Zeugen zu verstehen und letztere noch nicht erfolgt sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz in Erwägung, daß in Folge der Mitfertigung durch den Zeugen C das Gesuch um nochmalige Vernehmung als von ihm ausgegangen

angesehen werden kann; in Erwägung, daß, so lange die Beweisaufnahme noch nicht im Sinne des §. 171 a. G. O. und des Just.-Min.-Erlasses vom 16. December 1851, R. G. Bl. Nr. 258, geschlossen ist, die Vervollständigung oder Berichtigung einer Zeugenaussage weder durch den ein solches Verbot nicht enthaltenden §. 166 a. G. O. noch durch das Hofdecret vom 30. November 1810, welches die Annahme von Zusätzen oder Berichtigungen nach geschlossener Abhörung der Zeugen nicht mehr zulässig findet, geradezu ausgeschlossen erscheint, und in Erwägung, daß durch eine bis dahin erfolgte Zulassung eine Vervollständigung oder Berichtigung einer Zeugenaussage der Erörterung oder Beurtheilung ihrer Beweiskraft nicht vorgegriffen wird.

Nr. 3100.

Rechtliche Natur des Ausgedinges: Unanwendbarkeit des §. 1488 a. b. G. B.

Entsch. v. 23. Juli 1868, Nr. 5778 (Best. des Urth. des B. G. Chlumec v. 5. Juni 1867, Nr. 1859, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 14. Jänner 1868, Nr. 29816). G. H. 1868, S. 351.

Gegen die Klage des A pto. Anerkennung des Rechtes der Benutzung von Ausgedingslocalitäten, als: Stall, Scheuer, Schupfen und Kammer im Vorhaus und Wirthschaftsgebäude des B, setzte dieser die Triennalverjährung nach §. 1488 a. b. G. B. entgegen. — Das Gericht erster Instanz verwarf diese Einwendung und erkannte nach dem Klagbegehren, wogegen das O. L. G., der Einrede stattgebend, den Beklagten absolvirte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Die begehrte Benutzung der oben genannten Localitäten ist ein integrirender Theil des in der Leistung von Naturalien und Gestattung der Benutzung jener Räume bestehenden, intabulirten Ausgedings, welches sich die Klägerin bei Abtretung der Grundwirthschaft an ihren Sohn, Auctor des Beklagten, in dem Besitz derselben, vorbehalten hat. Das Ausgeding darf nicht nach den für Servituten geltenden Principien behandelt werden, weil es davon wesentlich verschieden ist. Denn während durch die Dienstbarkeit der Eigenthümer der dienenden Sache nur zu Duldung und Unterlassung, und niemals zu einem Thun verpflichtet ist (§§. 472 u. 482 a. b. G. B.), besteht das Ausgeding wesentlich in dem Recht auf bestimmte Leistungen, und dadurch, daß es — wie meistens und auch hier der Fall ist — auch noch auf alleinige oder Mitbenutzung gewisser Localitäten geht, die der Verpflichtete zu gestatten hat, wird das Ausgeding noch nicht zu einer Servitut, weil dem seine andere Eigen-

schaft: der Anspruch auf bestimmte Leistungen, geradezu entgegensteht. Ebensowenig ist es zulässig, den auf die Benutzung von Localitäten gerichteten Theil der Ausgedingsstipulation davon auszuscheiden und wegen seiner Aehnlichkeit mit einer persönlichen Servitut als solche und nach den Regeln der Dienstbarkeit, also nach anderen Grundsätzen zu behandeln, als welche für das ganze Ausgeding gelten. Es darf daher aus dem Grunde, weil die Klägerin, im Jahre 1861 vom Beklagten aus der Benutzung der Ausgedingslocalitäten verdrängt, ihr Recht erst mit der im Jahre 1865 angebrachten Klage geltend gemacht hat, dasselbe nicht mit Anwendung des §. 1488 a. b. G. B. als verjährt betrachtet werden, da es vielmehr nur der 30jährigen Verjährung nach §. 1479 a. b. G. B. unterliegt.

Nr. 3101.

Nichtzuständigkeit der österreichischen Gerichte zur Entscheidung über das Gesuch einer im Inlande lebenden Ausländerin um Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes wegen beabsichtigter Anfechtung der Giltigkeit ihrer Ehe.

Entsch. v. 28. Juli 1868, Nr. 7388 (Best. des Decr. des B. G. Wien v. 6. März 1868, Nr. 55118, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 18. Mai 1868, Nr. 9194). G. H. 1868, S. 307.

Die A, vormals österreichische Staatsangehörige, verehelichte sich im Februar 1867 in Odessa mit dem russischen Staatsangehörigen B, kam nach Wien und überreichte beim L. G. daselbst im October 1867 gegen B das Gesuch um Bewilligung des abgesonderten Wohnortes, worin sie anführte: Sie sei gewillt, die Ehe wegen ihrer Minderjährigkeit anzufechten, sobald ihr vom B. G. in Sechshaus, wo ihr Vater 1864 starb, ein Vormund bestellt sein wird; allein abgesehen davon, wolle sie auch die Trennung der Ehe verlangen, weil B, dem Trunke ergeben, sie schon in Odessa verlassen habe. Ohne Unterhaltsmittel und ärztlicher Behandlung bedürftig, sei sie im April 1867 hieher zu Verwandten gekommen und im September ihr Gatte, der gleichfalls sich nach Wien begab, mit einer Polizeiperson bei ihr erschienen, um sie zu zwingen, bei ihm zu wohnen; nur ihr kranker Zustand habe sie von der Auslieferung an ihn gerettet, und um dieser Gefahr zu entgehen, begehre sie mit Berufung auf §. 14 der J. N. die Bewilligung des abgesonderten Wohnortes. — Auf dieses Gesuch wurde, zunächst zur Aufklärung in Betreff der Competenz des angerufenen Gerichtes, Verhandlung eingeleitet und sodann dasselbe wegen Unzuständigkeit in *erster* Instanz mit Berufung auf die zweite Beilage des Hofdecr. vom 23. October 1801, J. G. S. Nr. 542 (Incompetenz der österreichischen Gerichte für Ehestreitigkeiten zwischen

fremden Ankömmlingen, wovon kein Theil hierorts den steten Wohnsitz hat) abgewiesen. — Das O. L. G. verordnete die meritorische Entscheidung in Erwägung, daß für die weder auf Ehevernichtung noch auf Ehescheidung gerichtete Bitte der A die zweite Beilage des citirten Hofdecretes nicht maßgebend ist; daß die Bewilligung des abgesonderten Wohnortes, als ein provisorisches Rechtsschutzmittel, mit Bedachtnahme auf die §§. 17 und 33 a. b. G. B. selbst Ausländern nicht versagt werden darf, und das L. G. in Wien, da beide Parteien zur Zeit in dessen Jurisdictionsbezirke sich befinden, auch nach den §§. 14 und 46 J. N. als competent erscheint.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid aus dessen Gründen und weil die Vorschrift des §. 46 J. N. auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar und auch keiner der Fälle des §. 29 ebendort vorhanden ist.

Nr. 3102.

Bewilligung des Kunstbefundes zum ewigen Gedächtniß ohne Vernehmung des Gegners wegen Dringlichkeit.

Entsch. v. 28. Juli 1868, Nr. 7394 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Drachenburg v. 8. und 22. April 1868, Nr. 1554 und 1792 und des O. L. G. Graz v. 10. Juni 1868, Nr. 6540). G. H. 1868, S. 372.

Der oberste Gerichtshof entschied, daß die Aufnahme des Beweises durch Kunstverständige, wenn sie wegen Gefahr bei Verzug dringend ist, nach §. 188 a. G. O. und Hofdecr. vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 620 (lit. g), auch ohne vorgängige Vernehmung des Gegentheiles angeordnet werden kann, welchem unbenommen bleibt, die von dem Richter ernannten Experten zu verwerfen und die Ernennung anderer Kunstverständiger anzusuchen.

Nr. 3103.

Besitzstörungsklage: Passivlegitimation.

Entsch. v. 28. Juli 1868, Nr. 7463 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Wiener-Neustadt v. 13. Mai 1868, Nr. 3622 und des O. L. G. Wien v. 25. Juni 1868, Nr. 11448). G. Z. 1868, Nr. 89.

Nach dem Tode des Fabrikanten M wurde die Besorgung seiner Verlassenschaft seiner Witwe überlassen, welche die Fabrikslocalitäten vom 1. März 1867 angefangen dem ein gleiches Geschäft betreibenden Fabrikanten A vermiethet und ihm auch einige Vorräthe und Werkzeuge verkauft hat. Sechs Monate später wurde über den Nachlaß

des M der Concurs eröffnet, B zum Vertreter und Verwalter der Masse bestellt und wurden in das Cridainventar wohl obige Localitäten, nicht aber die Materialien und Betriebsmittel einbezogen. Demungeachtet gestattete B dem A nicht, bei Ablauf des Miethvertrages die besagten Materialien und Werkzeuge wegzubringen, sondern versperrte die Localitäten, worauf A mit einer blos gegen B, „Advocat in X", gerichteten Klage wegen gestörten Besitzes auftrat. B machte dagegen vorzüglich geltend, daß er nur in seiner Eigenschaft als Verwalter der Concursmasse des M gehandelt habe und A diese, nicht ihn, hätte belangen sollen. In den Motiven des dem Klagbegehren stattgebenden erstgerichtlichen Erkenntnisses wurde die obige Einwendung des B in nachstehender Weise widerlegt: Der Kläger hat den Gegner nicht verfehlt, da die den Besitz desselben beeinträchtigende Handlung vom Beklagten selbst ausging, für welche der Letztere die Verantwortlichkeit zu tragen hat. Der Kläger will keineswegs ein Recht gegen die Concursmasse selbst in Anspruch nehmen und diese kann umsoweniger für diese Handlungsweise ihres Vertreters als verantwortlich angesehen werden, als der Geklagte die Zustimmung der Creditorenausschüsse zu selber nicht behauptet hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese auch in zweiter Instanz aufrecht erhaltene Entscheidung mit Bezugnahme auf die Gründe der ersten Instanz und in Erwägung, daß in der Annahme, daß es sich hier um den Fall einer Besitzstörung, nicht um die Vindication eines in der Concursmasse befindlichen Gutes handelt, eine offenbar actenwidrige Auffassung nicht gefunden werden kann.

Nr. 3104.

Rückwirkende Kraft der Gesetze: Anspruch auf höhere Verzugszinsen?

Entsch. v. 4. August 1868, Nr. 6286 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Linz v. 19. Dec. 1867, Nr. 9785 und des O. L. G. Wien v. 1. April 1868, Nr. 3933). G. Z. 1868, Nr. 81.

Nr. 3105.

Sequestration eines gemeinschaftlichen von einem Miteigenthümer verwalteten Hauses auf Begehren des anderen.

Entsch. v. 4. August 1868, Nr. 7405 (Best. des das Decr. des L. G. Prag v. 25. Februar 1868, Nr. 1170, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 19. Mai 1868, Nr. 10118). G. Z. 1868, Nr. 80.

Die Miteigenthümer eines Hauses zur Hälfte begehrten gegen die B, Miteigenthümerin des Hauses zur anderen Hälfte, im Jahre 1867

die Sequestration der Realität mit dem Anbringen, daß die B seit vielen Jahren das ganze Haus verwalte, bis Michaeli 1862 zwar Rechnungen gelegt habe, aus denen sich aber nur Verluste für die Sequestrationswerber ergaben; daß seit fünf Jahren gar keine Rechnung mehr gelegt wurde, das Haus verwahrlost werde, sie bereits die Klage wegen Aufhebung der Gemeinschaft des Eigenthums angebracht haben, die B auch aus dem Orte weggezogen sei und früher ohne ihre Vernehmung und Zustimmung die Verwaltung des Hauses einem Dritten, ihrem Rechtsfreunde, übertragen habe, sie daher bezüglich der ihnen gehörigen Hälfte des Hauses gefährdet seien. Die B widersprach die Gefährdung, berief sich auf den schlechten Baustand des Hauses, dessen Reparaturen die Zinsungen aufzehren und auf ihr gleiches Miteigenthum, welches selbst zu verwalten und nicht von einem Sequester administriren zu lassen, sie berechtigt sei. — Die erste Instanz wies das Begehren ab, weil eine Sequestration weder im Sinne des §. 292 a. G. O. noch im Sinne des §. 293 a. G. O. platzgreifen kann. Denn das Eigenthum und der Besitz des fraglichen Hauses ist nicht streitig; eine Gefahr, daß das Haus Schaden nehmen könnte, ist in dem einzigen Umstande der Verweigerung einer Rechnungslegung über die bisherige Verwaltung von Seite der Verwalterin nicht zu erkennen, indem die Rechnungslegung in anderem Wege angestrebt werden kann und wenn auch wegen des anhängigen Processes auf Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthumes die Aufstellung eines Verwalters des Hauses zulässig erscheint, so hat nach §. 836 a. b. G. B. das Gericht erst in dem Falle einzutreten, wenn die Parteien über die Wahl eines Verwalters sich nicht einigen können; die vorliegende Verhandlung ist aber nicht in der Richtung gepflogen worden, daß über die Person des Verwalters Vorschläge von der Gegenseite erstattet worden wären. — Das O. L. G. bewilligte die Sequestration. Gründe: Mit der Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft bezwecken die Gesuchsteller die Theilung des Eigenthums, sonach auch die Ausschließung der B von der bisher durch dieselbe allein geführten Verwaltung; sie sprechen das in ihrem Miteigenthume gegründete Recht der vortheilhaften Benutzung an, woran sie nach ihren Anführungen durch die bisherige alleinige Verwaltung des Hauses durch die B verhindert worden. Diese hat durch ihren Rechtsfreund eingestanden, die Verwaltung des Hauses zu führen, abwesend zu sein und zur Verwaltung einen Bevollmächtigten bestellt zu haben, ohne sich diesfalls mit den Miteigenthümern nach Vorschrift der §§. 833 und 836 a. b. G. B. über die Person des gemeinschaftlich zu bestellenden Verwalters einverstanden oder dessen Bestellung durch den Richter erwirkt zu haben. Den Gesuchstellern ist die Rechnung über die geführte Verwaltung des gemeinschaftlichen Hauses bis Michaeli 1862 erst nach durchgeführtem Rechtsstreite gelegt worden, und hat sich aus selber für sie nicht nur kein Nutzen, sondern ein

zu leistender bedeutender Ersatz ergeben. Für die spätere Periode seit Michaeli 1862 wurde keine Rechnung mehr gelegt. Hiedurch ist aber die Gefahr der Sequestrationswerber für die nutzbringende Verwaltung des Eigenthums durch die Verwaltung der B außer Zweifel gestellt. Bei Bestand aller im §. 293 a. G. O. vorgezeichneten Erforderniſſe war somit die Sequestration zu bewilligen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus den Gründen derselben.

Nr. 3106.

Wiedereinsetzung gegen eine aus Rechtsunkenntniß versäumte Frist.

Entsch. v. 4. August 1868, Nr. 7840 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Mödling v. 16. März 1868, Nr. 1503 und des O. L. G. Wien v. 3. Juni 1868, Nr. 9028). G. Z. 1868, Nr. 98.

Das Gesuch des A um die Wiedereinsetzung gegen den versäumten Anmeldungstermin zur Anmeldung seiner Forderung im Concurse des B wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, weil der von A behauptete Rechtsirrthum, daß er die Anmeldung nur deshalb für nicht nothwendig hielt und unterließ, weil seine Forderung grundbücherlich haftet und der Schuldner selbst in dem Güterabtretungsgesuche die fragliche Schuldpost namhaft machte, das Versäumniß des Edictaltermines zur Anmeldung der Forderung nicht entschuldige. In dem dagegen ergriffenen Revisionsrecurse wurde von A angebracht, daß der Grundsatz, daß Gesetzunkenntniß nicht entschuldige, nur für das materielle Recht und nicht auch hinsichtlich der processualen Vorschriften gelte, daß ein Rechtsirrthum überhaupt jedes Verschulden ausschließe und daß endlich nach §. 372 a. G. O. und Patent vom 1. Juli 1790, J. G. S. Nr. 31, die Wiedereinsetzung auch gegen eine aus Verschulden der Partei versäumte Frist nicht ausgeschlossen sei.

Der oberste Gerichtshof bewilligte die Wiedereinsetzung in der Erwägung, daß mit Grund anzunehmen ist, A habe nur aus Unkenntniß des Gesetzes den Concursanmeldungstermin verstreichen lassen, ohne seine intabulirte Forderung anzumelden, da doch nicht angenommen werden kann, daß er sich, wenn ihm die gesetzlichen Folgen der Nichtanmeldung bekannt gewesen wären, denselben ausgesetzt haben würde; daß zwar die Gesetzesunkenntniß einer Partei nach dem im §. 2 a. b. G. B. ausgesprochenen Grundsatze den Eintritt der mit irgend einer Rechtshandlung oder Unterlassung gesetzlich verbundenen Rechtsfolgen nicht hindert, ebensowenig aber die Bewilligung der Wiedereinsetzung, als des geradezu zum Schutze des materiellen Rechtes gegen die Nachtheile einer unwillkürlichen Versäumung gegebenen Rechtsmittels, ausschließt.

Nr. 3107.

Geldcaution: Erstreckung des Pfandrechtes auf die Zinsen? Unterbrechung der Zinsenverjährung durch Einstellung in die Rechnung.

Entsch. v. 6. August 1868, Nr. 6743 (Best. des das Urtheil des B. G. Podersam v. 11. Jänner 1868, Nr. 11784, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 23. März 1868, Nr. 8529). G. Z. 1868, Nr. 85.

Der Kläger A führte an: Ich bin bei B als Wirthschaftsverwalter in Dienst getreten und habe ihm 400 fl. als Caution zur Sicherstellung der mir anvertrauten Inventarsgegenstände übergeben. B hat in der schriftlichen Bestätigung des Cautionsempfanges mir die fünfpercentige Verzinsung der 400 fl. versprochen und in der von ihm mir mitgetheilten Rechnung auch wirklich die Zinsen für 5 Jahre mit 100 fl. in Empfang gestellt. Er verweigert mir nach meinem Dienstaustritte die Rückgabe der 400 fl. unter dem Vorwande von Ersatzansprüchen, die noch nicht ausgetragen sind; demungeachtet gebühren mir wenigstens einstweilen die besagten Interessen per 100 fl., um deren Zahlung gebeten wird. Der Beklagte wendete ein, daß ihm zur Sicherstellung seiner Forderung in noch unbestimmtem Betrage auch die Zinsen des Pfandes, nämlich der Caution, gebühren; daß der Kläger, wenn er auf obige Rechnung sich beruft, auch die darin ihm zur Last geschriebenen Beträge gelten lassen müsse, und daß die Zinsen verjährt seien. — Die erste Instanz wies den Kläger ab aus folgenden Gründen: Nachdem Kläger selbst anerkennt, daß B Ersatzansprüche gegen ihn erhebe, zu deren Deckung seine Caution per 400 fl. bestimmt sei, er dieselbe also nicht fordern könne, so lange die Ersatzansprüche des B nicht richtig gestellt sind; nachdem ferner der Dienstvertrag die Verpflichtung zum Erlage der Caution per 400 fl. gegen jährliche fünfpercentige Verzinsung mit dem enthält, daß davon B im Falle von den dem Kläger übergebenen Inventarstücken u. s. w. durch dessen Verschulden etwas verloren gehen und fehlen sollte, entschädigt werde, somit sich gemäß §. 457 a. b. G. B. das Pfandrecht nicht blos auf den Cautionsbetrag selbst, sondern auch auf die Zinsen hievon bezieht; nachdem B in der von ihm gelegten Rechnung, wenn auch diese Rechnung vom Kläger nicht als richtig anerkannt worden ist, die sämmtlichen für die ganze Dienstzeit entfallenen fünfpercentigen Zinsen mit 100 fl. dem Kläger wirklich gutschreibt, so hat Kläger keinen Grund, vor Austragung der Ersatzansprüche des B die Rückzahlung des Cautionsbetrages per 400 fl. oder des hievon angesprochenen Interessenbetrages zu fordern. — Das O. L. G. gab dem Klagbegehren statt. Gründe: Der Geklagte hat im Dienstvertrage ganz bestimmt und deutlich die alljährliche Verzinsung der Caution zugesagt. Wollte nun der Geklagte sich wegen

seiner Entschädigungsansprüche auch an die Interessen der Caution halten, so würde er obige Zusage der jährlichen Verzinsung wieder aufheben und dadurch dem Vertrage eine Deutung geben, die einen Widerspruch im Vertrage selbst begründen würde und deshalb nach §. 914 a. b. G. B. nicht zulässig ist. Die von ihm eingewendete Verjährung der Interessen behebt sich durch deren Einstellung in seiner Rechnung, wodurch offenbar das Recht des Klägers auf selbe anerkannt und die Verjährung unterbrochen wurde. Geklagter hat zwar eingewendet, daß Kläger auf diese Rechnung sich nicht berufen dürfe, weil er die von Ersterem darin gemachten Ersatzansprüche nicht anerkenne, daher nicht berechtigt sei, einzelne Posten derselben anzuerkennen, andere aber zu verwerfen. Geklagter übersieht aber hier, daß es sich um zwei Rechnungen handelt, nämlich um jene, die das „Haben" und um jene, die das „Soll" des Klägers betrifft. Wenn nun Geklagter in das „Haben" des Klägers Posten setzt, die diesem günstig sind, so hat er eigentlich hiedurch nichts anderes als ein außergerichtliches Geständniß zu Gunsten des Klägers abgelegt, von dem er wußte, daß ihm daran gelegen sei, die Wahrheit zu erfahren. Dadurch erscheint aber der Kläger von dem Rechte nicht präcludirt, Posten, die ihm der Geklagte in's „Soll" gestellt hat, zu bemängeln. Es liegt diese Anschauung in der Natur jeder Rechnung, da eine solche nicht als Ganzes, sondern nach ihren einzelnen Ansätzen beurtheilt werden muß.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Erkenntniß des O. L. G. aus dessen Gründen.

Nr. 3108.

Uebergehung des Kostenpunktes bei Abänderung eines Spruches zweiter Instanz, welcher im Gegensatze zu dem der ersten die Aufhebung der Kosten verfügt.

Entsch. v. 6. August 1868, Nr. 7751 (Best. des das Decr. des B. G. Großenzersdorf v. 5. März 1868, Nr. 867, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 28. Mai 1868, Nr. 10087). G. H. 1869, S. 37.

Nr. 3109.

Rechtliche Natur der Eisenbahnstraßen: Unstatthaftigkeit der Intabulation.

Entsch. v. 12. August 1868, Nr. 7927 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Lemberg v. 25. Jänner 1868, Nr. 3175 und des O. L. G. Lemberg v. 11. März 1868, Nr. 6313). G. H. 1868, S. 349.

Nr. 3110.

Unzulässigkeit der executiven Veräußerung eines Ausgedinges.

Entsch. v. 13. August 1868, Nr. 8052 (Best. des den Bescheid des B. G. Tabor v. 17. März 1868, Nr. 2090, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 2. Juli 1868, Nr. 16619). G. Z. 1869, Nr. 9.

Ein Gesuch um executive Schätzung eines Ausgedinges ward von der zweiten Instanz abgewiesen, weil das Ausgedinge in zeitweisen Bezügen besteht, die dem Ausgedingsberechtigten lebenslänglich gebühren, nach §. 320 a. G. O. aber auf dergleichen Bezüge nur die Executionsführung mittelst Sequestration, nicht aber mittelst Schätzung und Feilbietung des Ausgedingsrechtes stattfinden kann, und weil insbesondere das Wohnungsrecht nach §. 507 a. b. G. B. nur eine persönliche Servitut ist, auf keinen Anderen übertragen und daher auch nicht durch Verkauf in Execution gezogen werden kann.

Der oberste Gerichtshof hat den Revisionsrecurs abgewiesen, „weil das Ausgedinge die Natur eines Leibrentenvertrages hat, dem Gläubiger eines Ausgedinges daher zufolge §. 1286 a. b. G. B. nur freisteht, seine Befriedigung aus dem von seinem Schuldner zu beziehenden Ausgedinge zu suchen, nicht aber das Recht zum Bezuge selbst in Execution zu ziehen, somit hier nur die im §. 320 a. G. O. vorgeschriebene Executionsart Anwendung findet."

Nr. 3111.

Haftung des Vertretungsleisters für die Proceßkosten?

Entsch. v. 13. August 1868, Nr. 8133 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Vöcklabruck v. 8. Juni 1868, Nr. 2683 und des O. L. G. Wien v. 1. Juli 1868, Nr. 12309). G. Z. 1868, Nr. 84.

In einem Rechtsstreite hatte B dem Kläger Vertretung geleistet. Der Kläger wurde sachfällig und zum Ersatze der Kosten an den Beklagten verurtheilt. Dieser begehrte nun zur Einbringung derselben die Execution wider den Vertretungsleister B als Streitgenossen. — Die erste und zweite Instanz bewilligten das Gesuch, weil der Vertretungsleister dadurch, daß er die Vertretung wirklich leistete und dem Rechtsstreite beitrat, Streitgenosse des Klägers wurde, daher mit diesem gemeinschaftlich dem Gegner die Gerichtskosten zu ersetzen habe, was auch aus dem §. 59 a. G. O. deutlich hervorgehe.

Der oberste Gerichtshof wies das Gesuch zurück, weil der Vertretungsleister den Proceß nicht in eigenem Namen führt und der Kostenersatz also nur die vertretene Partei treffen kann.

Nr. 3112.

Verhältniß der Gerichte zu den Verwaltungsbehörden: Nichtigkeit des in einer Verwaltungssache ergangenen, obgleich der Entscheidung der Verwaltungsbehörde conformen richterlichen Spruches.

Entsch. v. 13. August 1868, Nr. 8275 (Best. des das Decr. des B. G. Gföhl v. 25. Februar 1868, Nr. 243, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 29. April 1868, Nr. 6223). G. H. 1868, S. 349.

Dem A war durch Verordnungen der Verwaltungsbehörden aufgetragen worden, einen als Weg für das Publicum dienenden Raum, den er abgeschlossen und in einen Küchengarten umgestaltet hatte, in den früheren Stand zu versetzen. Er erfüllte den Auftrag nur zum Theile und die Gemeindevorstehung in B besorgte nach Anweisung der Verwaltungsbehörde die vollständige Wiederherstellung der Passage. Nun belangte A die Gemeinde B in possessorio summariissimo, und wurde vom Gerichte erster Instanz abgewiesen. Auf seinen Recurs hat das O. L. G. die erstrichterliche Entscheidung wegen Incompetenz der richterlichen Behörde aufgehoben. Dagegen recurrirte die beklagte Gemeinde.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs (mit Zustimmung des Ministeriums des Innern), weil, nachdem die angebliche Besitzstörung nur die Ausführung der im Administrativwege ergangenen Erkenntnisse war, die darüber erflossene richterliche Entscheidung für keinen Fall, auch nicht wegen des der Beklagten günstigen Inhaltes derselben, aufrecht erhalten werden kann.

Nr. 3113.

Behandlung der urtheilsmäßig zugesprochenen, seit mehr als drei Jahren rückständigen Zinsen bei der Meistgebotsvertheilung.

Entsch. v. 19. August 1868, Nr. 8297 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Tulln v. 25. Jänner 1868, Nr. 89 und des O. L. G. Wien vom 12. Mai 1868, Nr. 9069). G. H. 1868, S. 348.

Bei der Vertheilung des Erlöses einer executiven Hausversteigerung wurde der älteste Satzgläubiger A mit dem Capitale und mit den Interessenausständen vor den späteren Pfandgläubigern auf den Kaufschilling angewiesen, weil auch für die Zinsenforderung das (executive) Pfandrecht bei dem Capitalssatze intabulirt war. — Dagegen recurrirten die nachfolgenden Pfandgläubiger, insofern dem A mehr als dreijährige Interessen vor ihnen zur Zahlung angewiesen wurden.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil bei der Vertheilung des Meistgebotes und der Zuweisung desselben an die Pfandgläubiger nach ihrer bücherlichen Rangordnung der Grundbuchsstand als maßgebend zu betrachten ist und die Frage der Rechtmäßigkeit der rechtskräftig gewordenen Einverleibung des executiven Pfandrechtes für einen Interessenausstand von mehr als drei Jahren in der Priorität der Capitalssatzpost nicht im Wege der Verhandlung über die Meistgebotsvertheilung ausgetragen werden kann.

Nr. 3114.

Armenrecht: Verweigerung desselben gegenüber dem Giratar bei mangelndem Nachweis der Armuth des Giranten.

Entsch. v. 20. August 1868, Nr. 8218 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Sambor v. 30. Juni 1867, Nr. 6869 und des O. L. G. Lemberg v. 8. Jänner 1868, Nr. 40917). G. Z. 1868, Nr. 86.

A, Inhaber eines ihm von C girirten Wechsels, begehrte in seiner gegen den Wechselschuldner angestellten Klage, zugleich auf Grund des beigebrachten Armuthszeugnisses, die Stempel- und Gebührenbefreiung. Von beiden Untergerichten abgewiesen, ergriff er den a. o. Revisionsrecurs, welcher von dem obersten Gerichtshofe verworfen wurde, weil mit Rücksicht auf die vom k. k. Finanzministerium am 31. Juli 1863 kundgemachten Bestimmungen des Tarifes zu den Gesetzen vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, und 2. August 1850, R. G. Bl. Nr. 329, Post 75, in den untergerichtlichen Entscheidungen zum Grund gelegten Ansicht, daß zur Ertheilung des Armenrechtes an den Recurrenten auch der Umstand erwiesen sein müßte, daß auch B als Giranten des Wechels und Cedenten der Wechselforderung das Armenrecht zukomme, eine offenbare Ungerechtigkeit nicht wahrzunehmen ist.

Nr. 3115.

Verbot zur Sicherstellung von Börsendifferenzen: Verweisung der Frage nach deren Klagrecht auf den Hauptproceß. Zuständigkeit.

Entsch. v. 21. August 1868, Nr. 8123 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 14. Juli 1868, Nr. 64397, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 16. Juli 1868, Nr. 13688). G. Z. 1868, Nr. 84.

Der Handelsmann A begehrte beim Handelsgerichte gegen den Börsenagenten B wegen einer Forderung von Differenzen für Börse-

effecten auf Grund des notariell beglaubigten Buchauszuges und mit Anbietung des Erfüllungseides das Verbot auf eine Forderung des B und wurde in erster Instanz abgewiesen, weil aus dem Conto sich ergibt, daß seine Forderung sich auf ein Differenzgeschäft gründet, welchem nach §. 1271 a. b. G. B. die gerichtliche Geltendmachung versagt ist. — Das O. L. G. bewilligte das Verbot gegen Caution, weil die gesetzlichen Erforderniſſe zu selbem ausgewiesen erscheinen, der Rechtstitel der Forderung des Verbotswerbers aber erst in der diesfälligen Rechtfertigungsklage zu erweisen und hierüber nicht schon derzeit von Amtswegen zu entscheiden ist. B ergriff den Revisionsrecurs, in welchem er die Incompetenz des angerufenen Gerichtes geltend machte, weil zur Bewilligung des Verbotes nur jenes Gericht berufen sei, bei welchem der Gegner des Verbotswerbers auf Zahlung der bezüglichen Forderung geklagt werden müßte, was aber das Handelsgericht nicht sei, oder aber jenes Bezirksgericht, in dessen Sprengel der mit Verbot zu belegende Gegenstand sich befinde.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, in der Erwägung, daß über die Zuständigkeit des Handelsgerichtes für das Verbot und über die Giltigkeit der Forderung, welche auf ein in den Handlungsbüchern des A eingetragenes Geschäft sich gründet, nicht von Amtswegen abgesprochen werden kann.

Nr. 3116.

Auslegung des Legates „aller Capitalien“.

Entsch. v. 28. August 1868, Nr. 7093 (Best. des Urth. des B. G. Tolmein v. 10. Nov. 1867, Nr. 211, Abänd. des Urth. des O. L. G. Triest vom 1. April 1868, Nr. 1261). G. H. 1868, S. 345.

A, als Erbe des M, belangte den in Tolmein wohnhaften B, Erbe des N, auf Zahlung des von N dem M ausgesetzten Geldlegates von 42 fl. Der Beklagte wendete dagegen ein, daß M in seinem Testamente ihm alle seine Capitalien vermacht habe, insofern die Schuldner sich im Bezirke Tolmein aufhalten und daß hiedurch er, Beklagter, von seiner Legatsschuld an M befreit worden sei. Es handelte sich also um die Interpretation des im Testamente gebrauchten Wortes „Capitalien“ und ob darunter auch dessen Legatsforderung gegen B zu subsumiren sei. — Die erste Instanz bejahte die Frage, weil jede Forderung eines Geldbetrages mit Rücksicht auf die Wirklichkeit oder Möglichkeit der fruchtbringenden Anlage im gewöhnlichen Sprachgebrauche durch das Wort „Capital“ bezeichnet werde und absolvirte demnach den B von der Klage. — Das O. L. G. verurtheilte ihn zur Zahlung der

eingeklagten 42 fl., weil sowohl nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche als auch nach dem Gesetze unter Capitalien nur aus Darlehen entsprungene Forderungen verstanden werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung mit Bezugnahme auf die Motivirung derselben und weil der Kläger im Sinne des §. 655 a. b. G. B. nicht bewiesen hat, daß der Testator M nach seiner gewöhnlichen Ausdrucksweise die eingeklagte Legatsforderung von dem zu Gunsten des Beklagten ausgesetzten Vermächtniß ausgeschlossen haben wollte.

Nr. 3117.

Verbot: Bescheinigung der Forderung.

Entsch. v. 1. Sept. 1868, Nr. 8852 (Abänd. der Decr. des B. G. Mondsee v. 6. Juli 1868, Nr. 868 und des O. L. G. Wien v. 30. Juli 1868, Nr. 14210). G. Z. 1868, Nr. 80.

A begehrte wider seine Gattin B das Verbot auf eine derselben eigenthümlichen Satzforderung von 200 fl., weil sie ihm mehrere Sachen verschleppt und dadurch einen Schaden von 500 fl. zugefügt habe. Dem Gesuche lag nur ein Zeugniß der betreffenden Gemeindevorstehung bei, daß ihres Wissens B außer obiger Satzpost kein Vermögen besitze, daher ihr Gatte allerdings der Gefahr des Verlustes seiner Forderung ausgesetzt sei. — Die erste Instanz bewilligte das Verbot gegen Caution von 20 fl. und auch das O. L. G., jedoch mit Erhöhung des Cautionsbetrages auf 80 fl., in Erwägung, daß nach §. 285 a. G. O. auch bei Ermanglung hinreichender Beweismittel der angesprochenen Forderung das gerichtliche Verbot zu bewilligen ist, sobald der Verbotwerber genugsame Sicherheit leistet; daß aber der Betrag der Caution von 20 fl. dem mit Verbot belegten Gegenstande nicht entsprechend ist.

Der oberste Gerichtshof wies das Verbotsgesuch ab. Gründe: Der §. 283 a. G. O. räumt nur einem Gläubiger das Recht ein, das Verbot anzusuchen, woraus schon sich ergibt, daß der Verbotswerber sich als Gläubiger ausweisen, daher eine Forderung an den Gegner darthun müsse. Der §. 284 fordert zur Bewilligung des Verbotes solche Urkunden, die, wenn sie vom Gegner anerkannt werden, seine Forderung vollständig beweisen, und der §. 285 gestattet, wenn nicht hinlängliche — im Gegensatze zu den vollständigen — also doch jedenfalls Beweismittel für die Forderung beigebracht werden, das Verbot gegen Caution. Es muß also in jedem Falle die Forderung bescheinigt sein, was bei jener des A nicht der Fall ist; und die bloße Angabe des Verbotwerbers, daß er von dem Gegner

zu fordern habe, kann um so minder genügen, als die Gerichte angewiesen sind, bei Bewilligung von Verbotsgesuchen nicht mit zu großer Leichtigkeit vorzugehen.

Nr. 3118.

Ausdehnung des im Bestandvertrage vereinbarten Gerichtsstandes auf die Aufkündigung des Vertrages: Ueberweisung des über die letztere vor einem nicht zuständigen Gerichte geführten Processes an das zuständige zur Aburtheilung.

Entsch. v. 12. Sept. 1868, Nr. 9096 (Best. des Urth. des B. G. Sechshaus v. 27. Juli 1868, Nr. 15140, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 12. August 1868, Nr. 15468). G. H. 1868, S. 368.

Die von der Wirthschaftscommission des Bürgerspitales zu Wien beim B. G. Sechshaus als forum rei sitae (§. 1 der kaiserl. Verordnung vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213) überreichte Aufkündigung der Pacht eines Ackers wurde von dem Pächter B bestritten 1. wegen Incompetenz des Gerichtes der Aufkündigung, weil in dem Pachtvertrage beide Contrahenten das B. G. der inneren Stadt Wien für alle Streitigkeiten aus dem Pachtverhältnisse gewählt haben, 2. aus meritorischen Gründen. — Nach vollständiger Verhandlung der Streitsache wurde in erster Instanz die Kündigung wegen Incompetenz des angerufenen Gerichtes abgewiesen. — Das O. L. G. betrachtete den §. 1 der citirten kaiserl. Verordnung als ein imperatives Gesetz, durch welches für Streitigkeiten aus dem Bestandvertrage das im §. 47 der J. N. bezeichnete Parteienrecht der freiwilligen Unterwerfung unter einen anderen Gerichtsstand ausgeschlossen werde, und verwarf die Incompetenzeinrede des B mit dem Auftrage an das Gericht erster Instanz (Sechshaus), auf die Hauptsache einzugehen und den Proceß meritorisch zu entscheiden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil und verordnete zugleich die Uebersendung der Acten des geschlossenen Verfahrens an das B. G. der inneren Stadt Wien zur meritorischen Entscheidung. Gründe: Im Pachtvertrage wurde festgesetzt, daß alle Streitigkeiten aus dem Pachtverhältnisse nur bei dem B. G. der inneren Stad Wien zu verhandeln seien. Bei diesem durch Vertrag bestimmten Gerichtsstande war daher auch die Aufkündigung zu überreichen und sodann der Proceß pto. Giltigkeit derselben durchzuführen. Da nun das letztere bereits bei dem B. G. Sechshaus geschehen ist und der Entscheidung des ordnungsgemäß verhandelten Processes durch das competente Gericht nichts im Wege steht und derlei Processe schleunig zu Ende gebracht werden sollen, wurde ohne Weiteres die Zusendung der Acten an das zuständige Gericht zur Urtheilsfällung verfügt.

Nr. 3119.

Unzulässigkeit der executiven Einverleibung der gegen den Vormann erwirkten Pränotationsrechtfertigung.

Entsch. v. 15. Sept. 1868, Nr. 9273 (Best. des das Decr. des B. G. Schlan v. 14. Februar 1868, Nr. 971, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 3. Juni 1868, Nr. 16515). G. Z. 1868, Nr. 381.

Nr. 3120.

Voraussetzungen des Rechtes der Erben, die Vermächtnisse nur gegen Sicherstellung zu berichtigen.

Entsch. v. 16. Sept. 1868, Nr. 5035 (Best. der gleichförmigen Urth. des H. G. Wien v. 20. Sept. 1867, Nr. 68670, und des O. L. G. Wien v. 18. März 1868, Nr. 1021). G. H. 1868, S. 356.

Gegen die Klage des Legatars A auf Zahlung des Vermächtnisses wurde vom beklagten Erben B eingewendet, daß er nach §. 692 a. b. G. B. zur Zahlung ohne Sicherstellung nicht verpflichtet sei. — Von beiden Untergerichten wurde mit Abweisung dieser Einwendung dem Klagbegehren stattgegeben und die a. o. Revisionsbeschwerde des B in dritter Instanz aus folgenden Gründen verworfen: Der Fall des §. 692 a. b. G. B. ist hier nicht vorhanden, weil nach der Schätzung der Verlassenschaft dieselbe zur Berichtigung der Legate, Zahlung der Schulden und anderer pflichtmäßigen Auslagen vollkommen hinreicht und auf die Möglichkeit, daß bei der Veräußerung der Realität, in welcher der Nachlaß besteht, weniger als ihr Schätzungswerth gelöst wird, gegenüber dem Ausspruche der Sachkundigen über ihren Werth, kein Bedacht genommen werden kann. Auch wäre die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit dieses Ergebnisses der Veräußerung nicht Gegenstand eines Beweises, der nur über bestimmte Thatsachen zulässig ist, weshalb auch der in dieser Richtung vom Beklagten angebotene Beweis durch Sachverständige ganz irrelevant ist.

Nr. 3121.

Unzulässigkeit der Geltendmachung des Anspruches auf Ersatz der Proceßkosten durch selbständige Klage.

Entsch. v. 17. Sept. 1868, Nr. 6869 (Best. des Urth. des B. G. Znaim v. 1. März 1868, Nr. 685, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn v. 12. Mai 1868, Nr. 4708). G. H. 1868, S. 360.

Die Klage des A, welcher in dem von B gegen ihn pto. Zahlung von 120 fl. geführten Processe absolvirt worden war, wider B

wegen Ersatz der Kosten des ersten Processes wurde vom obersten Gerichtshofe abgewiesen. Gründe: Das Erkenntniß über die Proceßkosten soll ein Theil der Entscheidung des bezüglichen Rechtsstreites selbst sein und daher nur in dieser Entscheidung über die Kosten gesprochen werden. Die Klage des A ist demnach ungegründet, zumal, wenn er der Ansicht war, daß B ihm die Kosten des ersten Processes zu ersetzen schuldig sei, es seine Sache gewesen wäre, gegen das in jenem Processe gefällte Urtheil der zweiten Instanz, welches den Ersatz der Kosten nicht zuerkannte, das Rechtsmittel zu ergreifen.

Nr. 3122.

Beweis pro vitando perjurio über eine mit dem Gegentheil des Eidesthema nicht identische Behauptung.

Entsch. v. 22. Sept. 1868, Nr. 9488 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 17. März 1868, Nr. 14605 und des O. L. G. Wien v. 2. Juli 1868, Nr. 11856). G. Z. 1868, Nr. 89.

Der Vormund des am 15. August 1865 geborenen unehelichen Kindes A belangte unter Beitritt der Mutter den B auf Anerkennung seiner Vaterschaft zu demselben und Alimentationsleistung, da B der Mutter des Kindes im December 1864 fleischlich beigewohnt habe, worüber ihm diese den Haupteid auftrug, somit von dem Zeitpunkte der Beiwohnung bis zur Entbindung der Mutter nicht weniger als sechs und nicht mehr als 10 Monate verstrichen sind, daher Gegner zufolge §. 163 a. b. G. B. als Vater des Kindes anzusehen sei. — Auf die gepflogene Verhandlung, worin der Geklagte jeden vertrauteren Umgang mit der Mutter des Kindes in Abrede stellte, erfloß das Urtheil, welches seine Sachfälligkeit von dem Haupteide abhängig machte, daß er der Mutter im Monate December 1864 nicht fleischlich beigewohnt habe. Er trat diesen Haupteid an, aber bei der zur Ablegung desselben angeordneten Tagsatzung baten die Kläger, ihn nicht zum Eide, sondern sie zu dem Beweise, daß er der Mutter in der Zeit, von welcher bis zu ihrer Entbindung nicht weniger als sechs und nicht mehr als 10 Monate verflossen seien (also vom 15. October 1864 bis 15. Februar 1865), beigewohnt habe, zuzulassen, und zwar auf Grund seines gerichtlichen Geständnisses. Er hatte nämlich, nachdem von den Klägern die Replik schon erstattet war, die Mutter wegen Erpressung dem Strafgerichte angezeigt, dort aber selbst gestanden, daß er zwischen dem 20. und 30. Jänner 1865 mit ihr zu thun hatte, jedoch aus anderen Gründen das Kind nicht für das seinige halte. Die Kläger brachten darüber die Abschrift des mit ihm am 16. Jänner 1868 aufgenommenen Protokolles und den gegen die Mutter am 28. desselben Monates erfolgten Einstellungsbeschluß bei,

in welchem obiges Geständniß gleichfalls enthalten war. Der Geklagte protestirte dagegen, indem die Kläger nicht behaupten, daß er einen Meineid abzulegen beabsichtige, und nachdem von den Klägern nicht der Beweis des Gegentheiles der in dem Haupteide enthaltenen Umstände angeboten werde, von einem Beweise pro vitando perjurio keine Rede sein, sondern die Kläger höchstens eine Restitution ansuchen können. — Die erste Instanz wies das Begehren ab, weil dasselbe den Zweck habe, durch einen neuen Beweis darzuthun, daß der Geklagte der Klägerin in einem Zeitraume beigewohnt habe, von welchem bis zu ihrer am 15. August 1865 erfolgten Entbindung nicht weniger als sechs und nicht mehr als 10 Monate verstrichen sind, während im Urtheile der Eid ihm dahin aufgetragen wurde, daß er ihr im Monate December 1864 nicht beigewohnt habe; mithin der neue Beweis über einen anderen Beweissatz angeboten, daher nicht zulässig sei und die beabsichtigte neue Beweisführung nur im Wege der Restitution stattfinden könne. — Das O. L. G. bestätigte dieses Urtheil. Gründe: Der §. 231 a. G. O. hat offenbar den Fall vor Augen, daß einer Proceßpartei im Laufe der Verhandlung über den entscheidenden Umstand kein anderes Beweismittel, als der Haupteid, zu Gebote stand, daß sie aber nach bereits geschöpftem Urtheile neue und verläßlichere Beweismittel ausfindig gemacht hat, wodurch sich der Eid als überflüssig darstellt. In diesem Falle ist es gerechtfertigt, daß auf die neuen Beweise Bedacht genommen werde, weil der Eid blos ein subsidiarisches Beweismittel ist, dessen Wirksamkeit von der Gewissenhaftigkeit des Schwörenden abhängt. Allein eben weil das 22. Capitel der a. G. O. nur von Beweisen, und nicht von den Beweissätzen, d. h. von den durch den Eid zu erweisenden Thatsachen handelt, und weil die Gerichtsordnung überall zwischen den Thatumständen und den hiefür angebotenen Beweismitteln unterscheidet, ist es klar, daß die neuen Beweis- und Gegenbeweismittel, von welchen der §. 231 a. G. O. handelt, genau dieselbe Thatsache zum Gegenstande haben müssen, über welche der Eid aufgetragen wurde. Da nun durch das Geständniß des B nur die Beiwohnung in der Zeit vom 20. bis 30. Jänner 1865 dargethan werden kann, so vermag es den Eid, daß dieselbe im December 1864 nicht stattfand, nicht zu ersetzen, und kann daher das Rechtsmittel des §. 231 a. G. O. nicht in Anwendung kommen.

Der oberste Gerichtshof änderte beide Urtheile ab und erkannte, B sei zum Eide nicht zuzulassen, sondern es werde den Klägern gestattet, den Umstand, daß Ersterer der Mutter in dem im §. 163 a. b. G. B. bezeichneten Zeitraume beigewohnt habe, durch die früher erwähnten beiden Urkunden zu beweisen und die neue Klage binnen zwei Monaten einzubringen, widrigens in Gemäßheit des §. 232 a. G. O. der Haupteid von dem Geklagten nicht mehr zu fordern, sondern für abgeschworen zu halten wäre. Gründe: Es wurde schon in der Klage angeführt, daß B der Mutter im December 1864, somit

zu einer Zeit beigewohnt habe, von welcher bis zu der am 15. August 1865 erfolgten Geburt des Kindes nicht weniger als sechs und nicht mehr als 10 Monate verstrichen sind und dadurch schon auf diesen Zeitraum, als den entscheidenden, sich berufen. Dieser Behauptung zufolge fällt die Beiwohnung in die Zeit vom 15. October 1864 bis 15. Februar 1865, und jeder Beweis über eine Beiwohnung in dieser Zeit genügt, um den Geklagten nach §. 163 a. b. G. B. als Vater des Kindes erscheinen zu lassen. Nun haben die Kläger über gedachte Beiwohnung den Haupteid dem Geklagten zwar nur mit Beschränkung auf den Monat December 1864 aufgetragen; allein sie haben nach Erstattung der Replik vom 21. October 1866 erst die Behelfe vom 16. und 28. Jänner 1867 über ein Geständniß des Geklagten (§. 163 a. b. G. B.), daß er allerdings in der Zeit zwischen 20. und 30. Jänner 1865 vertrauteren Umgang mit der Mutter hatte, erlangt, somit ein Beweismittel für seine Vaterschaft zu dem Kinde gefunden. Sie sind daher nach dem Wortlaute und dem Geiste des §. 231 a. G. O. berechtigt, zu verlangen, daß der Geklagte nicht zum Eide, sondern sie zum Beweise der Vaterschaft desselben mittelst der neuen Behelfe zugelassen werden. Daß dieselben zu dem abgeführten Processe gehören, indem dadurch gerade so wie durch den Haupteid der Umstand, daß Geklagter nach §. 163 a. b. G. B. als Vater des Kindes anzusehen sei, dargethan werden soll, und daß sie, weil erst nach der Replik entstanden, nicht geflissentlich verschwiegen wurden, ist klar; daß sie aber das gerade Widerspiel des Eidessatzes enthalten müssen, ist weder im §. 231 a. G. O. noch im Hofdecr. v. 30. October 1788, J. G. S. Nr. 911, angeordnet, oder im Geiste dieser Gesetze gelegen, sondern ein ohne gesetzliche Begründung von den Gerichten erster und zweiter Instanz angenommenes Erforderniß.

Nr. 3123.

Beweis zum ewigen Gedächtniß: Unwirksamkeit einer Vereinbarung der Parteien über Vernehmung der Zeugen in ihrer Gegenwart und von einem anderen als dem zuständigen Gerichte.

Entsch. v. 22. Sept. 1868, Nr. 9525 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Linz v. 16. Juli 1868, Nr. 5141 und des O. L. G. Wien v. 12. Aug. 1868, Nr. 15405). G. Z. 1868, Nr. 92.

Der Intestaterbe A, welcher in dem Erbrechtsstreit gegen den Testamentserben B als Kläger auftreten sollte, überreichte dem Verlassenschaftsgericht das Gesuch um Vernehmung mehrerer, in anderen Gerichtsbezirken wohnhafter Personen als Zeugen in perpetuam rei

memoriam (für die von ihm behauptete Ungiltigkeit des Testaments). Bei der hierüber abgehaltenen Tagfahrt erklärte sich B mit der gestellten Bitte unter der Bedingung einverstanden, daß die Vernehmung der Zeugen beim Abhandlungsgerichte selbst, in Gegenwart der Vertreter beider Parteien, und nicht über die von A seinem Gesuche beigelegten Weisartikel und allenfalls einzulegenden Fragestücke, sondern nur über die Fragen stattfinde, die von den Parteienvertretern bei der Vernehmungstagfahrt gestellt werden würden. Nachdem A dieses Verlangen des B acceptirt und zur Vergütung der Kosten der Reise der Zeugen zum Abhandlungsgerichte sich bereit erklärt hatte, verordnete das letztere die Vernehmung der Zeugen über die Weisartikel und die eventuellen Fragestücke mittelst der Gerichtsbehörden, denen die Zeugen unterstehen, mit der Begründung, daß die Vornahme des Verhörs durch das Verlassenschaftsgericht selbst nach §. 155 a. G. O. unzulässig sei, und die von B (resp. von beiden Parteien) beantragte Art der Vernehmung den Vorschriften der a. G. O., namentlich dem §. 165 und dem Hofdecr. v. 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621, geradezu widerstreiten würde, da nur bei der Vereidigung der Zeugen die Gegenwart der Zeugen zulässig ist. — Das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Verordnung mit Verwerfung des von A dagegen ergriffenen Recurses, worin er um die Bewilligung der von B verlangten, in erster Instanz verweigerten Abweichungen in der Art der Zeugenvernehmungen bat.

Der Revisionsrecurs des A wurde vom obersten Gerichtshof mit Bezugnahme auf die erstgerichtliche Begründung und — in Betreff der verweigerten Vernehmung der Zeugen durch das Abhandlungsgericht selbst — auch deshalb abgewiesen. weil die Zeugen nicht angehalten werden können, behufs ihrer Vernehmung im Interesse Dritter Reisen zu machen, und zudem im vorliegenden Falle der Zeugenführer A den Ersatz der Kosten dieser Reisen zwar versprochen, allein nicht sichergestellt hat.

Nr. 3124.

Verjährungsfrist für die Geltendmachung der Unechtheit eines Testamentes.

Plenar-Entsch. v. 23. Sept. 1868, Nr. 4731 (Best. des das Urth. des B. G. Blatna v. 27. Sept. 1867, Nr. 4553, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 3. Februar 1868, Nr. 840). G. Z. 1868, Nr. 86. Zeitschr. f. d. österr. Notariat 1868, Nr. 49. Gazz. d. Trib. 1869, Nr. 2.

Gegen die im Jahre 1866 angestellte Klage des A, worin das Testament des M als ein unterschobenes bezeichnet, die Ungiltigkeitserklärung desselben, die Aufhebung der an den beklagten Testamentserben B erfolgten Erbschaftseinantwortung und die Eröffnung der

Intestaterbfolge begehrt wurde, wendete B mit Rücksicht auf den Zeitpunkt der bereits im Jahre 1850 geschehenen Testamentspublication die Klageverjährung nach §. 1487 a. b. B. G. ein. — Auf Grund dieser Einrede wies die erste Instanz den Kläger ab, wogegen das O. L. G. auf den von ihm mittelst der drei auf der Testamentsurkunde unterschriebenen Zeugen angebotenen Beweis erkannte, daß M am angeblichen Tage der Testamentserrichtung gar nicht testirt, auf der fraglichen Urkunde sich nicht unterschrieben und daß sie eben so wenig dieselbe als Zeugen unterschrieben haben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Beiurtheil. Gründe: Die Einwendung der Verjährung nach §. 1487 a. b. G. B. ist nicht geeignet, den klägerischen Zeugenbeweis auszuschließen, denn dieser Paragraph bezieht sich nur auf eine solche letztwillige Erklärung, welche der letzte Wille eines Verstorbenen wirklich ist, gleichwohl aber wegen innerer oder äußerer Gebrechen angefochten werden kann. Ein Aufsatz aber, welcher als der letzte Wille eines Verstorbenen ausgegeben wird, allein von demselben nicht herrührt, sondern ihm unterschoben wird und ein Falsum ist, kann überhaupt in Bezug auf die Person, die als dessen Autor ausgegeben wird, nicht eine letzte Willenserklärung dieser Person genannt werden; es existirt vielmehr in diesem Falle gar keine letzte Willenserklärung. Die erhobene Klage ist in einem solchen Falle nicht gegen Dasjenige, was der Erblasser für seinen letzten Willen erklärt hat, sondern gegen ein Machwerk gerichtet, welches sein letzter Wille nicht ist, und auf das klagweise Auftreten gegen eine solche Unterschiebung paßt selbst der im Gesetze gebrauchte Ausdruck „umstoßen“ nicht, insoferne derselbe seinem Begriffe nach etwas wirklich Vorhandenes und Bestehendes voraussetzt, während hier ein umzustoßender Wille gar nicht existirt. Die Vorschrift des §. 1487 a. b. G. B. hat daher auf den Fall, wo die Fälschung und Unterschiebung eines letzten Willens behauptet wird, keine Anwendung. Betrachtet man übrigens die Normen des a. b. G. B. über Verjährung und Ersitzung, so findet man in den Bestimmungen, wonach jede Ersitzung rechtmäßigen, redlichen und echten Besitz voraussetzt (§. 1460), der Angabe eines rechtmäßigen Titels nur Derjenige nicht bedarf, der die Ersitzung auf einen Zeitraum von 30 bis 40 Jahren stützt, und selbst in diesem Falle die erwiesene Unredlichkeit des Besitzes die Ersitzung ausschließt (§. 1477), unzweifelhafte Anhaltspunkte dafür, daß die Anfechtung eines gefälschten oder unterschobenen letzten Willensactes, der schon ursprünglich keine Giltigkeit hat und Niemanden einen Rechtsanspruch und einen giltigen Titel gewähren kann, nicht an die kürzere, nur dreijährige Verjährungszeit des §. 1487 gebunden sein könne, hiefür vielmehr die ordentliche dreißigjährige zu gelten habe, wie denn auch nach §. 823 a. b. G. B. die Erbschaftsklage der Regel nach überhaupt so lange stattfindet, als das Recht nicht verjährt ist.

Nr. 3125.

Unzulässigkeit unbedingter Verurtheilung zum Ersatze der Kosten des Incidenzstreites über die bedingt bewilligte Legung von Neuerungen.

Entsch. v. 29. Sept. 1868, Nr. 8856 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Braunau v. 19. März 1868, Nr. 626 und des O. L. G. Wien v. 10. Juni 1868, Nr. 10826). G. Z. 1868, Nr. 98.

A verlangte wider B die Bewilligung zur Beibringung neu gefundener Behelfe in der Replik. Nach gepflogener Verhandlung wurde ihm dieselbe in erster und zweiter Instanz gegen den Eid, daß er die Behelfe in der Klage nicht geflissentlich verschwiegen habe, gestattet, jedoch zugleich der Gerichtskostenersatz an B auferlegt, weil B in Folge des Legungsgesuches des A Kosten hatte, an welchen er durchaus kein Verschulden trägt, die ihm daher ersetzt werden müssen, zumal A von der auf sein Legungsgesuch angeordneten Tagsatzung ausblieb, dadurch aber und durch unterlassene Beibringung von Behelfen die Opposition des Gegners hervorgerufen hat, welche bei einem anderen Vorgange sicher vermieden worden wäre.

Der oberste Gerichtshof änderte die Entscheidungen dahin ab, daß A die Kosten dem B nur dann zu vergüten habe, wenn er obigen Eid nicht ablegen würde. Gründe: Die von den Untergerichten ausgesprochene unbedingte Verfällung des B in den Ersatz der Kosten verstößt offenbar gegen das Gesetz, weil nach §. 48 a. G. O., der Resolution vom 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489, lit. y und dem Hofdecr. vom 27. September 1792, J. G. S. Nr. 53, lit. b, bei solchen Incidenzstreitigkeiten die Normen des ordentlichen Civilprocesses anzuwenden und daher im Kostenpunkte die Vorschriften des §. 398 a. G. O. zu beobachten sind; weil die exceptionellen Bestimmungen des Patentes vom 1. Juli 1790, J. G. S. Nr. 31, hierauf nicht ausgedehnt werden dürfen; weil dem vom Gegner B gestellten Begehren um unbedingte Abweisung des A keine Folge gegeben wurde und A durch sein Ausbleiben von der Tagsatzung dem B keine größeren Kosten verursachte.

Nr. 3126.

Unzulässigkeit der Execution auf Brandschadenvergütungen.

Entsch. v. 30. Sept. 1868, Nr. 9118 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Brüx v. 6. Mai 1868, Nr. 3550 und des O. L. G. Prag v. 8. Juni 1868, Nr. 16526). G. Z. 1868, Nr. 102.

A begehrte für seine Forderung gegen B die executive Einantwortung der dem B zufallenden $^{11}/_{20}$ einer erst zu ermittelnden Brand-

schadenvergütungssumme. — Die erste Instanz hat das Begehren abgewiesen, weil das Hofdecr. vom 18. Juli 1828, J. G. S. Nr. 2354, ausnahmslos verordnet, daß Brandschadenvergütungsbeträge für Gebäude nicht in Execution gezogen werden können und das beigebrachte Licitationsprotokoll keineswegs darzuthun vermag, daß die in Rede stehende Assecuranzentschädigung ein freies und verfügbares Vermögen des Executen geworden sei. — Das O. L. G. bestätigte den erstrichterlichen Bescheid, weil nach dem citirten Hofdecr. Brandschadenversicherungsbeträge, in so lange sie sich noch in Händen der Feuerassecuranzgesellschaft befinden, weder mit Verbot belegt, noch in Execution gezogen werden können, und vorläufig erst die Frage, wem ein Anspruch auf Brandschadenversicherung gebührt, entschieden werden muß. — In dem a. o. Revisionsrecurse wurde dagegen ausgeführt, daß das Hofdecr. v. 18. Juli 1828 auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden könne, daß dieses Gesetz, indem es bestimmt, daß die den Inhabern assecurirter Gebäude von den Feuerassecuranzen zu leistenden Brandschadenvergütungen künftig weder durch gerichtliche Verbote noch durch Executionsführungen u. s. w. ihrem Zwecke zur Wiederherstellung der durch Feuer beschädigten Gebäude entzogen werden dürfen, hiebei voraussetze, daß derjenige, der seine Gebäulichkeiten gegen Feuersgefahr versichert hat, noch Inhaber derselben und noch in der Lage sei, dieselben wieder herstellen zu lassen, wenn sie durch Brand beschädigt worden sind, was jedoch hier nicht der Fall sei, indem die Wirthschaft, worauf die durch den Brand beschädigten Gebäude standen, im Executionswege veräußert und dem licitatorischen Ersteher derselben kein Recht auf die etwa entfallende Assecuranzentschädigung wegen der durch Brand beschädigten Gebäude dieser Wirthschaft eingeräumt worden sei; daß B nicht mehr Inhaber der durch ihn versicherten Gebäude sei und er dieselben nicht mehr herstellen lassen könne, daß folglich auch auf ihn das Hofdecr. v. 18. Juli 1828 keine Anwendung habe, daß derselbe daher unbeschränkter Eigenthümer des ihm etwa gebührenden Entschädigungsbetrages geblieben sei, auf den sonach auch von seinen Gläubigern im Executionswege gegriffen werden dürfe.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Recurs mit Hinweisung auf die Motive der Untergerichte, „zumal da es in dem Zwecke des Hofdecr. vom Jahre 1828 gelegen ist, daß die Tabulargläubiger der versicherten Realität durch eine anderweitige Verwendung der Brandschadenvergütung nicht geschädigt werden, woraus folgt, daß sie aus dieser Brandschadenvergütung, wenn sie zur Herstellung des abgebrannten Gebäudes, das ihnen auch zur Hypothek diente, nicht verwendet werden kann, die volle Befriedigung ihrer aus der Realität nicht zur Zahlung gelangten Forderung vor den nicht versicherten Gläubigern des gewesenen Besitzers dieser durch Brand beschädigten Realität zu suchen berechtigt sind; der Recurrent aber nicht nachge-

wiesen hat, daß seine Forderung per 600 fl. o. s. c. an B auf der diesem mit $^{11}/_{20}$ Antheil gehörig gewesenen Wirthschaft versichert war und bei der Kaufschillingsvertheilung ganz oder zum Theile leer ausgegangen ist, beziehungsweise, daß alle in der Rangordnung vorgehenden Tabulargläubiger volle Befriedigung erhalten haben, mithin die $^{11}/_{20}$ der in Rede stehenden Brandschadenvergütung dem Schuldner B zur freien Verfügung zufallen werden".

Nr. 3127.

Unzulässigkeit der Execution auf das Erbrecht, und der executiven Sequestration des Erbgutes für Schulden des Erben.

Entsch. v. 30. Sept. 1868, Nr. 9566 (Best. des Decr. des L. G. Prag v. 14. Mai 1868, Nr. 25589, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 7. Juli 1868, Nr. 19757). G. Z. 1868, Nr. 89.

A begehrte wider B die executive Einverleibung des Pfandrechtes ad corpus et fructus seiner Erbrechte auf ein Haus und die executive Sequestration derselben, beides mit der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B. — Die erste Instanz bewilligte die Einverleibung, nicht aber auch die gebetene Sequestration wegen Unzulässigkeit derselben nach dem Hofdecr. v. 3. Juni 1846, J. G. S. Nr. 968 (wonach Verbot, Pfändung oder Vormerkung nach §. 822 a. b. G. B. nur auf einzelne Erbschaftssachen, nicht auf das Erbrecht im Ganzen bewilligt werden kann). — Das O. L. G. ertheilte dem A das executive Pfandrecht zur Sicherstellung auch an den Früchten der dem B angefallenen Erbrechte auf das Haus. Gründe: Da nach §. 822 a. b. G. B. die Gläubiger eines Erben, den bei der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen unnachtheilig, das diesem angefallene Erbgut zu ihrer Sicherstellung mit Verbot, Pfändung und Vormerkung belegen können, und alle diese Sicherstellungsmaßregeln erst von dem Zeitpunkte der Einantwortung wirksam sind, so kann es dem Exequenten, im Falle er vermeint, daß dem Executen schon derzeit oder nach der Einantwortung aus den ihm angefallenen Erbrechten auf das Haus ein Einkommen zuwächst, nicht benommen werden, auch diese Früchte zu seiner Sicherstellung mit Pfändung zu belegen, wenngleich die wirkliche Auszahlung zu seinen Handen noch nicht erfolgen kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstrichterliche Entscheidung. Gründe: Die executive Sequestration von Erbrechten ist unzulässig, da einer solchen nach §. 320 a. G. O. nur Früchte oder Gefälle unterzogen werden können. In so fern aber A in seinem Gesuche die executive Sequestration der Erträgnisse gemeint hat, welche dem B aus dem im Erbrechtswege ihm angefallenen Antheile

des Hauses zukommen, muß sein Gesuch eben auch abgewiesen werden, weil diese Erträgnisse, in so weit sie bei dem Tode des Erblassers noch nicht fällig waren, nicht zu dem Nachlasse desselben gehören; weil ferner der §. 822 a. b. G. B. blos gestattet, daß Gläubiger des Erben das ihm angefallene Erbgut mit Verbot, Pfändung oder Vormerkung belegen können, unter diesen Maßregeln aber, die auch nur als Sicherstellungsmittel dienen, die executive Sequestration nicht genannt ist.

Nr. 3128.

Execution eines auf Anerkennung des Propinationsrechtes lautenden Urtheils.

Entsch. v. 30. Sept. 1868, Nr. 9641 (Best. des das Decr. des B. G. Bielitz v. 30. April 1868, Nr. 1789, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 14. Juli 1868, Nr. 8200). G. Z. 1868, S. 98.

Die Gutsinhabung A erwirkte wider B das Urtheil, daß derselbe als Besitzer der Realität X schuldig sei, allen zum Betriebe des mit dem Besitze derselben verbundenen Ausschankes benöthigten Branntwein von der propinationsberechtigten Herrschaft A bei sonstigem Pönfall zu entnehmen, und bat auf Grund dieses Urtheiles, im Executionswege diese Verpflichtung im Lastenstande der Realität Nr. 1 bücherlich auszuzeichnen. — Die erste Instanz schlug dieses Gesuch ab, weil mit dem Urtheile wohl die Verpflichtung des Geklagten zur Abnahme des Schankbranntweines von der Herrschaft A anerkannt, keineswegs aber auch jene zur Gestattung der grundbücherlichen Auszeichnung der erwähnten Verpflichtung auf seine Realität ausgesprochen worden ist, und sohin Kläger den Geklagten zur Gestattung dieser Auszeichnung auf Grund des Urtheiles im Executionswege nicht anhalten kann, um so weniger, als die Erfüllung der dem Geklagten auferlegten Verpflichtung im Executionswege nach §. 310 a. G. O. nur durch Geld- oder Leibesstrafen zu erzwingen ist, das Begehren sohin, abgesehen von der in dem Ausdrucke: „Auszeichnung" liegenden Unbestimmtheit, gesetzlich unzulässig erscheint. — Die zweite Instanz bewilligte die Einverleibung.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung. Gründe: Dadurch, daß B als Eigenthümer der Realität verurtheilt wurde, ist letztere selbst als eine solche erklärt worden, mit welcher die Last verbunden ist. Diese Last muß B auf die Realität dulden, folglich auch gestatten, daß die Realität mit selber behaftet werde. Dies geschieht aber eben nach Weisung des §. 304 a. G. O. durch executive Einverleibung des Urtheiles. Es handelt sich hier nicht blos um eine persönliche Leistung, weil in diesem Falle B nicht als Eigen-

thümer der Realität X hätte verurtheilt werden können. Von der executiven Behaftung der Realität mit dieser bleibenden Last gänzlich verschieden ist aber die Frage, wie gegen den Besitzer der Realität in einzelnen Fällen der Verletzung des Rechtes des Klägers vorzugehen sein werde, daher die §§. 309 und 310 a. G. O. hier unentscheidend sind.

Nr. 3129.

Execution zur Sicherstellung während des anhängigen Processes über Alimente: Activbezüge eines Staatsbeamten als Executionsobject.

Entsch. v. 30. Sept. 1868, Nr. 9828 (Best. des Decr. des L. G. Wien v. 23. Juni 1868, Nr. 34551, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 29. Juli 1868, Nr. 14248). G. Z. 1868, Nr. 90.

Die geschiedene A brachte gegen ihren Gatten B, einen landesfürstlichen Beamten, an, daß er durch Urtheil erster Instanz, wogegen er die Appellation ergriffen habe, schuldig erkannt worden sei, ihr monatlich Alimente zu zahlen, von denen bereits mehrere Raten rückständig seien, daß sie aber, da er kein Vermögen besitze, Sicherstellung für selbe bedürfe, weil er mittlerweile den ganzen Gehalt verbrauchen werde, und ihr, wenn er pensionirt würde und Gläubiger auf seine Pension Execution führten, der Zahlungsfonds entginge. Sie bat daher mit Berufung auf §. 259 a. G. O. und Hofdecret vom 19. April 1799, J. G. S. Nr. 467, um Pfändung seines Gehaltes und Quartiergeldes, sowie der Hälfte der ihm eventuell zuzuwendenden Pension zur Sicherstellung der verfallenen und verfallenden Alimentationsraten. — Die erste Instanz bewilligte diese Pfändung zur Sicherstellung auf den — ganzen — Gehalt und Quartiergeld des Gatten, nicht aber auf die noch gar nicht vorhandene Pensionshälfte, weil der Geklagte zufolge seiner eigenen in dem diesfälligen Rechtsstreite vorgebrachten Behauptung außer seinem Gehalte kein Einkommen bezieht und auch kein sonstiges Vermögen besitzt (§. 259 a. G. O. und Hofdecret vom 19. April 1799, Nr. 467). — Die zweite Instanz wies die Bittstellerin ab in der Erwägung, daß nach §. 259 a. G. O. im Appellationszuge eine Sicherstellung nur dann bewilligt werden kann, wenn die Streitsache also beschaffen ist, daß der in erster Instanz obsiegende Theil bis zum erfolgenden Appellationsurtheile einer Sicherstellung bedürfte; eine solche Beschaffenheit der Streitsache, welche eben nur in einer Geldforderung besteht, nicht vorliege, insbesondere da ohnehin die Emolumente eines Beamten von dritten Personen nicht mit Beschlag belegt werden können; daß ferner nach dem Hofdecrete vom 18. April 1785, J. G. S. 409, eine gerichtliche Pfändung während des Appel-

lationszuges nicht stattfinden darf, dieses Gesetz durch den §. 12 der J. M. V. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, nicht aufgehoben wurde und der §. 4 dieser Verordnung hier keine Anwendung hat, weil die Gerichtsordnung ausdrücklich die Pfändung für unzulässig im Appellationszuge erklärt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstrichterliche Entscheidung mit Beschränkung auf die Hälfte des Gehaltes und des Quartiergeldes. Gründe: Einerseits läßt sich nicht behaupten, daß die A einer Sicherstellung gar nicht bedürfe, weil ja der Gehalt von ihrem Gegner verbraucht werden kann, und bei dem Mangel eines anderweitigen Vermögens oder Einkommens desselben sie im Falle seines Todes u. s. w. Gefahr liefe, auch um die rückständigen Unterhaltsbeträge zu kommen; andererseits erklärt die Min.-Vdg. vom 18. Juli 1859, Nr. 130, gleich im Eingange, es sei ihr Zweck, das Verfahren bei der Execution zur Sicherstellung während eines in der Hauptsache anhängigen Processes zu regeln; sie gestattet im §. 4 zu diesem Behufe die Pfändung, erklärt im §. 12, daß §. 4 auch in allen übrigen Fällen Anwendung finde, in welchen — wie hier — durch die Gerichtsordnung während der Dauer eines anhängigen Processes die Execution zur Sicherstellung als provisorische Vorkehrung bis zur Entscheidung der Hauptsache zulässig erklärt ist, und hebt dadurch die Bestimmung des Hofdecretes vom 18. April 1785, Nr. 409, auf. Weil dagegen durch Patent v. 25. October 1798, J. G. S. Nr. 436, die Einschuldung der Gehalte der Beamten ganz verboten, davon zwar zu Gunsten des Unterhaltes für Gattinnen und Kinder im Hofdecrete vom 19. April 1799, Nr. 467, eine Ausnahme gemacht, diese aber in der Berücksichtigung strenge auszulegen ist, daß selbst Pensionen nur zur Hälfte in Execution gezogen werden dürfen (Hofdecret vom 16. Jänner 1786, J. G. S. Nr. 518), und daß das oben erwähnte Patent jede gerichtliche Einschreitung gegen einen Beamten, wodurch er seiner Dienstleistung entzogen würde — was in der Regel durch Vorenthaltung aller seiner Bezüge geschehen wird — untersagt, so wurde die bewilligte sicherstellungsweise Pfändung auf die Hälfte des Gehaltes und Quartiergeldes beschränkt.

Nr. 3130.

Verpfändung einer Lebensversicherungspolizze: Verpflichtung des Versicherten zur Zahlung der Prämienraten.

Entsch. v. 1. Oct. 1868, Nr. 6666 (Best. des Urth. des L. G. Wien vom 9. Juli 1867, Nr. 28306 und des O. L. G. Wien v. 26. Februar 1868, Nr. 22717). G. Z. 1868, Nr. 91.

A brachte wider B an, er habe im Jahre 1858 der C eine auf den Todesfall des D lautende Versicherungspolizze über ein Ca-

pital von 2000 fl. gegeben, damit sie sich durch Verpfändung derselben ein Darlehen verschaffe; B habe ihr dasselbe gegeben und damit nach §§. 459 und 961 a. b. G. B. die Verpflichtung zur genauen Verwahrung, dann Erhaltung der Polizze, also auch zu der hiezu nothwendigen Berichtigung der zu zahlenden Prämien auf sich genommen, zudem später, als er erfuhr, daß die Polizze Eigenthum des A sei, deren Rückstellung gegen Vergütung der von ihm schon im Juni und September 1858 gezahlten zwei Prämienraten, so wie die Sorge für die weiter verfallenden dem A versprochen, jedoch die Zahlungen nicht geleistet, so daß, als A im Mai 1860 die Polizze von B einlöste, sie bereits nach fruchtlosem Verlauf der im Juni 1859 durch die Zeitung bekannt gemachten Mahnung zur Einzahlung erloschen war und ihm bei dem Ende 1861 erfolgten Tode des D, nach Abrechnung des Betrages der Prämien, die noch hätten gezahlt werden sollen, ein Schade von 1911 fl. zuging. Der Geklagte wendete ein, daß er mit dem Kläger keinen Pfandvertrag geschlossen habe, durch einen solchen aber auch nicht zur Zahlung der Prämien, die vielmehr dem Kläger als Eigenthümer der Polizze oblag, verpflichtet gewesen wäre; daß er zwar dessen Eigenthum anerkannte und zur Rückstellung der Polizze gegen Ersatz der zwei Prämienraten sich herbeiließ, dadurch aber nur in das Verhältniß eines Retentionsberechtigten gegen den Eigenthümer trat und daß der Kläger selbst die in der Zeitung erschienene Mahnung hätte befolgen sollen. Er wollte übrigens die Polizze durch Kauf von einem Dritten erhalten haben und stellte die Verpfändung derselben an ihn, sowie das Versprechen der Sorge für die Zahlung der Prämien in Abrede. Der Kläger machte noch geltend, daß selbst bei dem zugestandenen bloßen Retentionsrechte die Vorschriften des Pfandrechtes analoge Anwendung fänden. — Die erste Instanz sprach die Sachfälligkeit des Geklagten aus, wenn er nicht den irreferiblen Hauptdeid ablegen würde, daß die C ihm die Polizze nicht als Pfand gab, und wenn, im Falle er dieses beschwören sollte, durch rückschiebbaren Hauptdeid der Beweis hergestellt würde, daß er dem Kläger das Versprechen gab, für Einzahlung der Prämien zu sorgen. Die Gründe dafür waren im Wesentlichen: Hatte der Geklagte die Polizze als Pfand, so war er nach §§. 459 und 1369 a. b. G. B. verpflichtet, sie genau zu bewahren, das ist, sie vor Schaden zu bewahren, demnach die Prämien einzuzahlen, da sonst die Polizze entwerthet wird; weshalb der — oberwähnte — irreferible Hauptdeid entscheidend ist. Entfällt durch Ablegung desselben das Pfandverhältniß, so kann doch durch den zweiten rückschiebbaren Hauptdeid ein Uebereinkommen zwischen Kläger und Geklagten dargethan werden, welches jedoch kein Pfandrecht begründet, weil dem Geklagten nicht ausdrücklich das Recht zugestanden wurde, seine Befriedigung wegen der gezahlten Prämien aus der Polizze zu erlangen, und auch keine Frist dazu bestimmt wurde, daher die we-

sentlichen Momente des Pfandvertrages fehlen (§§. 1368 und 447 a. b. G. B.). Er erhielt blos das Retentionsrecht und da ein solcher Vertrag im Gesetze nicht vorgesehen ist, können die Rechte und Pflichten der vertragschließenden Theile sich nur auf eine ausdrückliche Verabredung gründen. Wird selbe durch den rückschiebbaren Haupteid erwiesen, so ist der Geklagte zur Zahlung zu verurtheilen (§§. 1297 und 1298 a. b. G. B.), weil er aus Verschulden seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist, während Kläger, der die Polizze nicht in der Hand hatte, nicht in der Lage war, die Prämienzahlung zu leisten, noch bei obigem Uebereinkommen Anlaß hatte, den Geklagten hieran zu erinnern. — Das O. L. G. beseitigte den unrückschiebbaren ersten Haupteid und behielt nur den zweiten referiblen bei.

Auf die ordentliche und außerordentliche Revisionsbeschwerde des Klägers hat der oberste Gerichtshof das Urtheil der zweiten Instanz bestätigt. Gründe: Mag der Geklagte die Polizze als Pfand für seine Forderung an die C oder durch Kauf erhalten und sohin dem Kläger, nachdem er erfahren hatte, daß dieser Eigenthümer der Polizze sei, deren Rückstellung zugesagt haben, so kann er doch nicht als verpflichtet angesehen werden, die zunächst dem Eigenthümer der Polizze obliegende Zahlung der Prämien aus Eigenem zu leisten, sondern höchstens dem ersteren die Zahlung durch Ausfolgung der Polizze oder Vorweisung derselben bei der Anstalt zu ermöglichen, zumal Fälle eintreten könnnen, wo ungeachtet der pünktlichen Leistung der Prämien die Polizze ganz oder theilweise ihre Wirksamkeit verliert — wie die diesfälligen Statuten zeigen — und dann der Gläubiger nicht nur dem Verluste seines Pfandes, sondern auch der von ihm bestrittenen Prämien ausgesetzt wäre. Es erscheint daher der über die Verpfändung der Polizze aufgetragene Haupteid unentscheidend und war die Revisionsbeschwerde des Klägers, soweit sie gegen die in zweiter Instanz geschehene Beseitigung dieses Eides gerichtet ist, zurückzuweisen. Daraus geht schon hervor, daß sein Anspruch nur dann begründet erscheint, wenn der Geklagte — wie durch den in beiden Instanzen zugelassenen Haupteid dargethan werden kann — sich ausdrücklich zur Berichtigung der Prämien verpflichtet hat, weil dann die zunächst dem Kläger zukommende Sorge für Zahlung der Prämien an den Geklagten überging und dieser, nicht auch Ersterer, die in der Zeitung eingeschaltete Mahnung dazu beachten mußte.

Nr. [illegible]

Beweis der Mutterschaft durch den mit dem Beisatze „angeblich" versehenen Taufschein eines unehelichen Kindes.

[illegible]

Die Klage des Vormundes des unehelichen Knaben Wilhelm A [illegible] der Marie A als Mutter des letzteren gegen B wegen Anerkennung der Vaterschaft und Zahlung der Alimente wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, weil nach ihrer Ansicht die von dem B geläugnete Mutterschaft der A durch den Taufschein des Kindes, worin vor dem Namen [illegible] das Wort „angeblich" steht, nicht bewiesen, [illegible] der von der A dem Beklagten über den Beischlaf in der [illegible] Zeit zugeschobene [illegible] ist.

Der oberste Gerichtshof erkannte mit Abänderung der untergerichtlichen Urtheile auf den [illegible] Haupteid. Gründe: Wenn auch durch den producirten Taufschein nur soviel bewiesen wird, daß am . . . in der Pfarre . . . ein am . . . auf den Namen Wilhelm A getaufter Knabe von einer Frauensperson, die sich, wie die Klägerin, Marie A nannte, geboren wurde, so muß doch hiedurch die Identität der Klägerin mit der Mutter des Kindes als genügend dargethan angesehen werden, da ja auch sonst das Zutreffen des Vor- und Zunamens als eine genügende Bezeichnung der Person angesehen und die Anmaßung eines fremden Namens oder der Ansprüche einer gleichnamigen Person nicht vermuthet wird. Der Beklagte hat zwar alle Anführungen der Klage und darunter auch die Anführung widersprochen, daß die A am . . . . oder überhaupt je einen unehelichen Sohn geboren habe und daß derselbe am . . . . auf den Namen Wilhelm A getauft worden sei. Allein so wenig die Klägerin zu beweisen hat, daß sie wirklich Marie A heißt, so wenig kann sie durch den einfachen Widerspruch des Beklagten gegen die im Taufscheine enthaltene Angabe des Namens der Mutter zum Beweis genöthigt werden, daß sie bei der Taufe des Kindes sich nicht einen falschen Namen beigelegt habe oder daß sie sich nicht jetzt fälschlich für jene Marie A ausgebe, auf deren Kind der Taufschein sich bezieht. Es wäre also wohl offenbar ungerecht, blos darum, weil der Matrikelschein sich mit der Namensangabe der Mutter begnügte, die Mutterschaft der Klägerin als noch eines anderen Beweises bedürftig anzusehen und deshalb das Kind seiner etwaigen Ansprüche gegen den Beklagten ohneweiters verlustig werden zu lassen, zumal die Frage der Identität der Klägerin mit der im Taufscheine als Mutter genannten Frauensperson in der Verhandlung gar nicht erörtert wurde und der Beklagte die darauf eingehende Appellationsbeschwerde gegen das erstgerichtliche Urtheil unbeantwortet gelassen hat.

Nr. 3132.

Giltigkeit des Kaufvertrages über eine Grundparcelle trotz vorläufigen Mangels des politischen Abtrennungsconsenses.

Entsch. v. 6. Oct. 1868, Nr. 8018 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Eggenburg v. 26. März 1867, Nr. 538 und des O. L. G. Wien v. 23. Oct. 1867, Nr. 10889). G. H. 1868, S. 397.

Der oberste Gerichtshof hat die untergerichtlichen Urtheile, wodurch die Klage des Käufers A wider den Verkäufer B pto. Erfüllung des Kaufvertrages wegen Ungiltigkeit des Vertrages aus dem Grund des fehlenden Consenses der politischen Behörde zur Abtrennung der verkauften Parcelle vom Stammgut des B abgewiesen wurde, abgeändert und auf die Beweise durch Zeugen und Sachkundige erkannt, welche von A für die Errichtung des Vertrages, von B für die seinerseits eingewendete laeso ultra dimidium angeboten worden waren. Gründe: Es wäre offenbar ungerecht und auf irriger Gesetzauslegung beruhend, den Kläger blos darum abzuweisen, weil der Kauf der Waldparcelle wegen Mangels der erforderlichen Abtrennungsbewilligung ungiltig sei; denn es handelt sich ja eben darum, daß der Beklagte sich zur Beseitigung des entgegenstehenden Hindernisses, nämlich zur Erwirkung des politischen Trennungsconsenses verpflichtet haben soll, und so lange er sich nicht ausweiset, dasjenige, was er zur Erfüllung dieses Versprechens zu thun vermag, gethan zu haben, kann von der Unmöglichkeit der versprochenen Leistung nicht die Rede sein. Hiernach kommt es nur darauf an, ob der vom Kläger angeführte Kaufvertrag wirklich zu Stande gekommen sei und ob derselbe andererseits vom Beklagten mit Grund wegen Verletzung über die Hälfte angefochten wurde — worauf eben die zugelassenen Beweise zielen.

Nr. 3133.

Executivproceß: Urkunde.

Entsch. v. 6. Oct. 1868, Nr. 9919 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 3. August 1868, Nr. 70256, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 26. August 1868, Nr. 16197). G. Z. 1868, Nr. 93.

A belangte den B um Zahlung von 280 fl. auf Grund eines Briefes desselben, worin dieser sich verpflichtete, seine Schuld an ihn durch die Berichtigung von Schulden des A an Dritte, worunter auch jene per 280 fl. an C, abzutragen; ferner auf Grund einer Klage des C wider ihn, A, woraus hervorgehe, daß B der obenerwähnten Verbindlichkeit nicht nachgekommen sei, obgleich er, A, ihm den Streit mit C verkündigt habe; endlich auf Grund der Bestätigung des C,

von A die 280 fl. erhalten zu haben. — In erster Instanz wurde, dem Begehren des Klägers gemäß, nach §. 298 a. G. O. der Executivproceß eingeleitet. — Das O. L. G. hingegen verordnete die Einleitung des Verfahrens nach Vorschrift des §. 16 a. G. O. in Erwägung, daß der klägerische Ersatzanspruch nicht in vollem Umfange durch vollen Glauben verdienende Urkunden begründet erscheint.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung, weil in keiner der beigebrachten Urkunden die Verpflichtung zur Zahlung der 280 fl. an den Kläger selbst unmittelbar ausgesprochen erscheint.

Nr. 3134.

Servitut oder Bestandverhältniß? Unstatthaftigkeit der Aufkündung.

Entsch. v. 6. Oct. 1868, Nr. 10072 (Best. des das Urth. des B. G. Hietzing v. 30. Juli 1868, Nr. 4843, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 2. Sept. 1868, Nr. 16565). G. Z. 1868, Nr. 92.

Der Bäcker A, welcher in dem Hause Nr. 7 des B einen Brotladen benützte, den ihm dieser zur Räumung nach einem Vierteljahre gekündigt hatte, überreichte Einwendungen gegen die Kündigung, welche sich darauf stützten, daß am 18. Mai 1803 X das Haus Nr. 7 verkauft, dabei aber die Käufer für sich und seine Erben oder andere Besitzer des Hauses sich verpflichtet habe: „daß er zu Gunsten des Verkäufers und Gewerbsnachfolger zu allen Zeiten einen Brotladen in dem Hause gedulden und ihnen die dazu gleich bezeichnete Localität um einen jährlichen Bestandzins von 30 fl. überlassen wolle, welches sohin als eine Dienstbarkeit des Hauses angesehen und bei dem Grundbuche vorgemerkt werden solle"; daß diese Eintragung im Grundbuche bei dem Hause Nr. 7 vollzogen wurde, daß ein Besitzvorfahr des B schon im Jahre 1853 auf Löschung der erwähnten Verpflichtung geklagt habe, jedoch in zweiter und dritter Instanz sachfällig geworden, also res judicata vorhanden sei, daß übrigens eine Servitut nicht im Wege der Aufkündigung bestritten werden könne; daß endlich dasselbe Bäckergeschäft, welches X im Jahre 1803 betrieb, auf seinen, des A Großvater, dann Vater, sohin seine Mutter, und zuletzt auf ihn selbst übergegangen, daher er unter den Gewerbsnachfolgern aller Zeiten des X begriffen sei. B suchte Anfangs das Rechtsverhältniß als Servitut der Wohnung darzustellen, welche schon mit dem Tode des X erloschen sei, oder doch nur auf die ersten gesetzlichen Erben übertragen werden konnte; später aber stützte er sich darauf, daß, wie der bedungene Bestandzins zeige, ein Bestandvertrag vorliege, der umsomehr wie jeder andere kündbar sein müsse, als er auf keine bestimmte

Zeit geschlossen wurde. — In erster Instanz wurde die Aufkündigung aufrecht erhalten. Die Gründe waren im Wesentlichen: Schon bei dem Processe im Jahre 1853 lag das volle Gewicht der Entscheidung auf der Frage, ob der Inhaber des Bäckerlocales Gewerbsnachfolger des X sei oder nicht, und auch in dem gegenwärtigen Rechtsstreite, welchem die Einwendung rei judicatae schon deshalb nicht mit Wirkung entgegengesetzt werden kann, weil andere Streitparteien auftreten und weil das Erkenntnißbegehren verschieden erscheint, ist die Lösung der Streitfrage von demselben Umstande abhängig. A ist aber nicht Gewerbsnachfolger des X, denn ihm wurde am 30. October 1860 die Beglaubigung darüber ausgefertigt, daß er den Antritt des freien Gewerbes der Bäckerei angemeldet habe, keineswegs aber das Gewerbe des X oder seiner Eltern verliehen, und konnte es auch nicht, da nach dem kaiserl. Patente vom 20. December 1859, R. G. Bl. Nr. 227, §§. 3, 13 und 16 das Bäckergewerbe ein freies geworden war; ein solches beschränkt sein Dasein auf die Person des Ausübenden und von einem Nachfolger in einem solchen Gewerbe ist daher nicht mehr die Rede; es ist daher die im Vertrage vom 18. Mai 1803 stipulirte Pflicht des Eigenthümers des fraglichen Hauses zur Duldung des Bäckerlocales erloschen. — Das O. L. G. erkannte, daß die Aufkündigung unstatthaft sei. Gründe: Nachdem A dieselbe zurückgelegt und dabei ausdrücklich bestritten hat, daß er mit B einen Bestandvertrag über das Gewölbe abgeschlossen habe, so entsteht die Frage, ob hier überhaupt ein nach den §§. 1114 und 1116 a. b. G. B. der Aufkündigung unterliegender und dadurch auflösbarer Bestandvertrag vorhanden sei und diese Frage muß verneinend beantwortet werden, weil B die Existenz eines anderen als des Vertrages vom 18. Mai 1803 weder behauptet noch nachgewiesen hat, und insoweit er behauptet, daß das durch diesen Vertrag begründete grundbücherlich einverleibte Servitutsrecht bereits erloschen sei oder doch für A keine Geltung habe, diese Behauptung nur mittelst einer ordentlichen mit dem entsprechenden Begehren versehene Klage, nicht aber mittelst einer bloßen Aufkündigung geltend gemacht werden könnte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus den Gründen derselben, ferners weil B nicht bewiesen hat, daß zwischen ihm und A ein aufkündbares Bestandverhältniß obwalte, und weil das Verhältniß, vermöge dessen A den Brotladen benützt, kein solches ist.

Nr. 3135.

Besitz des Rechtes zum Betrieb eines bestimmten Erwerbgeschäftes. — Besitzstörung?

Entsch. v. 7. Oct. 1868, Nr. 9085 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Alt- und Neustadt Prag v. 15. Mai 1868, Nr. 21978 und des O. L. G. Prag v. 1. Juni 1868, Nr. 18819). G. H. 1868, S. [illegible].

Die Allgemeine Gasbeleuchtungs- und Gasbeheizungsgesellschaft in Prag wurde von der Prager Stadtgemeinde in possessorio summariissimo aus dem Grunde belangt, weil die Gesellschaft im October 1867 vor dem Hause Nr. 1306 von dem Hauptgasrohr an bis zur Grenze jenes Hauses in der Länge von 3 Klafter die Gasse aufgraben und das Gaszuleitungsrohr einlegen ließ, ohne von der Gemeinde den vorgeschriebenen Meldzettel erhalten zu haben.

Das von beiden Untergerichten zugelassene Klagbegehren wurde in dritter Instanz aus folgenden Gründen abgewiesen: Im Vertrag vom Jahre 1844 wurde der Breslauer Gasbeleuchtungsgesellschaft, deren Nachfolgerin die Beklagte ist, das Recht eingeräumt, die Gasbeleuchtung einzuführen und zu besorgen, zu diesem Zwecke die Leitungsröhren einzulegen und die dabei nöthigen Aufreißungen des Straßenpflasters vorzunehmen, und es ist dieses Recht von der Beklagten bis herab auf den Zeitpunkt der angeblichen Besitzstörung ununterbrochen ausgeübt worden. Nach Ablauf des im Vertrage festgesetzten Termines von 20 Jahren wurde derselbe nicht mehr erneuert. Damit erlosch nach §. 25 des Vertrages nur die im §. 1 desselben stipulirte Ausschließlichkeit des Rechtes der Beklagten zur Zuleitung des Gases von Außen, d. i. von den Gassen und Plätzen in die Gebäude und trat die freie Concurrenz ein. Nach den Vertragsbestimmungen durften der neu gegründeten Unternehmung die unter den Gassen und Plätzen gelegenen Gasbeleuchtungsröhren der Beklagten allerdings nicht hinderlich sein; daß aber ein Fall solcher Behinderung eingetreten wäre, wurde klägerischerseits nicht behauptet. Die Beklagte hat nach verstrichener Vertragsdauer ihre Gebäude und Vorrichtungen zur Erzeugung und Zuleitung des Gases fortbestehen lassen, versorgt nach wie vor Private mit Gas und befindet sich, wie gesagt, in dem ununterbrochenen Besitz und Ausübung des Rechtes, von Außen in die Gebäude von Prag Gas zu leiten, und des damit nothwendig verbundenen Rechtes, das Straßenpflaster aufzureißen. Beim Bestehen dieses Besitzverhältnisses hat demnach die Beklagte durch die incriminirte Handlung den Besitz der Klägerin nicht gestört. Das Besitzverhältniß erhielt dadurch keine Aenderung, daß die Klägerin der Beklagten bekannt gab, daß sie nicht in der Lage sei, vom 16. September 1867 an der Gasanstalt die Benutzung des Gemeindegrundes zu Beleuchtungs- und anderen Zwecken zu gestatten, weil eine solche einseitige Verfügung das durch Vertrag erworbene

Recht des anderen Contrahenten nicht aufheben konnte und auch nicht dargethan ist, daß der Letztere, die Beklagte, das Untersagungsrecht der Klägerin anerkannt und dem Verbot sich gefügt habe (§. 313 a. b. G. B.). Das O. L. G. fand die Besitzstörung darin, daß die Aufgrabung des Gassengrundes diesmal ohne vorgängige Lösung eines Meldzettels geschah, nachdem die Beklagte bisher in solchen Fällen immer erst einen Meldzettel gelöst hatte. Allein diese Unterlassung hat für das zwischen den Streittheilen bestehende Privatrechtsverhältniß keine Bedeutung. Denn die vorgängige Lösung des Meldzettels wurde zur Vermeidung von polizeilichen Uebelständen und der Communicationsstörungen und zur Instandhaltung des Straßenpflasters und Ueberwachung der Wiederherstellung aufgegrabener Straßen angeordnet, und für die Wiederherstellung des Straßenpflasters hat die Localpolizeibehörde unter Anwendung der gesetzlichen Zwangsmittel zu sorgen; die unterbliebene Lösung des Meldzettels kann daher nur im polizeilichen Wege geahndet werden: das Recht zum Betrieb des Erwerbsgeschäftes, in dessen Ausübung die Beklagte sich befindet, ist von der Lösung des Meldzettels nicht abhängig.

Nr. 3136.

Unwirksamkeit des den Ehegatten zur Alimentirung der Frau verurtheilenden Erkenntnisses für die Zeit nach dem Tode des Mannes.

Entsch. v. 7. Oct. 1868, Nr. 9888 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 7. Juli 1868, Nr. 37420 und des O. L. G. Wien v. 12. August 1868, Nr. 15508). G. Z. 1868, Nr. 93. G. H. 1868, S. 408.

Die A hatte wider ihren Gatten B ein Urtheil auf Zahlung monatlicher Alimente erwirkt. Nach dessen Tod im Mai 1868 begehrte sie zur Einbringung der für die Monate Juni und Juli 1868 fälligen Unterhaltsraten die executive Pfändung der Verlassenschaftseffecten, die ihr in erster Instanz bewilligt wurde. — Der dagegen ergriffene Recurs des B'schen Verlassenschaftscurators, welcher geltend machte, daß die auf dem Urtheil beruhende Alimentationspflicht des B mit seinem Tode erlosch, wurde vom O. L. G. abgewiesen, in Erwägung, daß das dem Executionsbegehren zu Grunde liegende Urtheil eine Beschränkung des Alimentationsbezuges auf den Todesfall des Verpflichteten nicht enthält und von Amtswegen in eine Beurtheilung, inwieferne durch die Auflösung des Ehebandes die Alimentationspflicht geändert wird, nicht einzugehen war.

Der oberste Gerichtshof änderte die gleichförmigen Entscheidungen ab und wies das Executionsgesuch zurück, in Erwägung, daß

mit dem Urtheile offenbar nur über den der A als Ehegattin des B zustehenden Unterhaltsanspruch erkannt worden ist, und somit in diesem Urtheile ein executionsfähiges Erkenntniß über die davon ganz verschiedenen, ihr als Witwe des B auf dessen Nachlaß etwa zustehenden Ansprüche nicht gefunden werden kann, worauf bei Erledigung des Executionsgesuches allerdings einzugehen war.

Nr. 3137.

Unzulässigkeit der Anwendung der Regeln des Wechselprocesses auf die Verhandlung über die Meistgebotsvertheilung.

Entsch. v. 13. Oct. 1868, Nr. 10179 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des H. G. Prag v. 2. Juli 1868, Nr. 84937 und des O. L. G. Prag vom 4. August 1868, Nr. 22871). G. H. 1868, S. 400.

In Vollstreckung des Urtheils auf Zahlung einer Wechselschuld kam es auf Einschreiten des Gläubigers A zur gerichtlichen Versteigerung einer Forderung des Schuldners B, welche C erstand. Das Gericht erließ sodann die Verordnung über die Vertheilung des Meistgebotes, gegen welche C den Appellationsrecurs ergriff, der von beiden Untergerichten als verspätet, weil nicht in der dreitägigen Frist des §. 12, lit. d der Justizministerialverordnung vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52 (Verfahren in Wechselsachen), angebracht, abgewiesen wurde.

Der oberste Gerichtshof cassirte die untergerichtlichen Decrete mit dem Auftrag an das O. L. G., den Appellationsrecurs gegen die erstgerichtliche Meistgebotsvertheilung in merito zu erledigen. Gründe: Die Verhandlung wegen Vertheilung des Meistgebotes ist nicht die zwischen A und B abgeführte wechselrechtliche Verhandlung, welch' letztere mit der Durchführung der Veräußerung des Pfandobjectes ihr Ende erreicht hat. Die Verhandlung zur Vertheilung des Meistgebotes wird zugleich mit anderen Interessenten geführt, ohne Rücksicht, ob sie aus Wechseln Forderungen stellen oder nicht. Insbesondere macht der Ersteher (Recurrent) C kein Wechselrecht geltend. Auf diese, nach ihrer Natur vom Streitverfahren zwischen dem Wechselgläubiger und dem Wechselschuldner ganz verschiedene Verhandlung können sohin auch die Fristen des wechselrechtlichen Verfahrens keine Anwendung haben, sondern es finden, wenn auch die Meistgebotsvertheilung aus einem Wechselproceß hervorgegangen ist, nach §. 26 der citirten Justizministerialverordnung vom 25. Jänner 1850, Nr. 52, die Fristen der Gerichtsordnung, also hier die — vom Recurrenten eingehaltene — 14tägige Recursfrist statt.

Nr. 3138.

Executive Pfändung ohne Nachweis des Nichtausreichens des bereits erworbenen executiven Pfandrechtes.

Entsch. v. 13. Oct. 1868, Nr. 10244 (Best. des Decr. der Prätur Sign v. 20. Juni 1868, Nr. 2107, Abänd. des Decr. des O. L. G. Zara vom 21. Juli 1868, Nr. 8589). G. H. 1868, S. 389.

In der von A gegen B wegen 430 fl. geführten Execution auf eine Liegenschaft war die Schätzung bewilligt worden, deren Vornahme aber deshalb unterblieb, weil A den ihm aufgetragenen Vorschuß der Schätzungskosten nicht leistete. Nun begehrte A die Bewilligung des executiven Pfandrechtes an einem anderen Grundstücke seines Schuldners B, indem er anführte, daß er mit dem Werth der zuerst in Execution gezogenen Liegenschaft nicht gedeckt sein würde. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde vom O. L. G. wegen Mangels jedweder Bescheinigung der Unzulänglichkeit des Pfandes abgewiesen.

In Erwägung, daß, wenn nach dem klaren Wortlaut des §. 411 westg. G. O. der Gläubiger berechtigt ist, zur Realisirung seiner Forderung auf beliebige Vermögensstücke des Schuldners Execution zu führen und ihm desfalls die freie Wahl selbst dann zugestanden wird, wenn seine Forderung mit einem Unterpfand schon bedeckt wäre, sein Recht, die auf bestimmte Gegenstände bereits erwirkte Execution auf andere Gegenstände auszudehnen, wohl nicht bezweifelt werden kann, und daß der vom vertragsmäßigen Pfand handelnde §. 458 a. b. G. B. in dem Executionsverfahren keine Anwendung findet, hat der oberste Gerichtshof den erstgerichtlichen Bescheid bestätigt.

Nr. 3139.

Kaufvertrag: Irrthum in Ansehung der vom Käufer zur Zahlung übernommenen Satzposten.

Entsch. v. 15. Oct. 1868, Nr. 8758 (Best. des das Urth. des B. G. St. Veit v. 3. März 1868, Nr. 548, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 12. Mai 1868, Nr. 5750). G. Z. 1868, Nr. 90. Zeitschr. f. d. Notariat 1868, Nr. 50.

A hatte von B dessen Realität um 8000 fl. gekauft. Im Vertrage wurden Satzposten per 4000 fl. vom Käufer A zur Selbstzahlung übernommen, der Rest von 4000 fl. von ihm baar berichtigt. Am Schlusse des Vertrages hieß es, daß beide Theile den Tabularbestand eingesehen haben und daß sämmtliche Tabularposten gehörig berücksichtigt worden seien. Nun trat aber A gegen B klagend auf mit der Bitte um Erkenntniß, derselbe sei schuldig, die Löschung einer auf der

Realität, außer den ihm überbundenen 4000 fl. noch haftenden Satzpost per 400 fl. zu erwirken, da nur irrthümlich diese bei der Zahlungsmodalität nicht berücksichtigt worden war und er nun 400 fl. über den bedungenen Kaufschilling zahlen müsse. Der Geklagte berief sich auf den Schlußsatz des Vertrages, den §. 928 a. b. G. B. und auf die angeblich zwischen ihm und dem Kläger bezüglich des Kaufpreises dahin getroffene Verabredung, daß er jedenfalls baar 4000 fl. erhalten müsse, was nicht der Fall wäre, wenn Kläger nicht auch die fraglichen 400 fl. berichtigen würde, sondern er dieses thun müßte, um deren Löschung zu bewirken. — Die erste Instanz wies den Kläger ab. Gründe: Der Kläger erkennt selbst unter Producirung des Kaufvertrages an, daß beide Theile, somit auch er, Kläger, den Tabularbestand eingesehen haben und daß sämmtliche Tabularposten gehörig berücksichtigt worden sind. Demzufolge entfällt nach §§. 928 und 443 a. b. G. B. die Haftung des Geklagten für die Post per 400 fl. umsomehr, als aus den Worten, daß sämmtliche Tabularposten gehörig berücksichtigt worden sind, gefolgert werden muß, daß bei Behandlung des Kaufpreises auf diese 400 fl. Rücksicht genommen worden. Deshalb, und selbst für den Fall, daß diese Vertragsstelle undeutlich wäre (§. 915 a. b. G. B.), kann dem Klagbegehren nicht stattgegeben werden. — Das O. L. G. erkannte nach dem Klagbegehren. Gründe: Da der Kaufpreis per 8000 fl. außer Zweifel gestellt ist, so erstrecken sich die Leistungen des Käufers, dem Verkäufer gegenüber, nur auf diese Ziffer des Kaufschillings, und indem der Geklagte in seiner Einrede angeführt hat, daß er die Realität dem Kläger gegen Uebernahme aller intabulirten Schulden und Zahlung des nach Abzug derselben verbleibenden Kaufschillingsrestes verkauft habe, so ergibt sich aus seinem eigenen Geständniß, daß vom Kaufreis per 8000 fl. außer den übernommenen Satzposten per 4000 fl. noch die Satzpost per 400 fl. abzuziehen war, sonach dem Verkäufer nur ein Kaufschillingsrest von 3600 fl. verblieben wäre. Nun zeigt sich aber, daß der Geklagte vom Kläger an Kaufschilling 4000 fl., also um 400 fl. mehr erhalten hat, als ihm, wenn der Käufer auch die fragliche Satzpost von 400 fl. übernommen hätte, gebührt haben würde; daher ist er demselben für diese 400 fl. ersatzpflichtig. Wird weiter erwogen, daß es sich vorliegend nicht um die Frage handelt, ob der Kläger als Besitzer der Pfandsache dem Gläubiger der 400 fl. gegenüber verpflichtet erscheint, und daß im Sinne des §. 887 a. b. G. B. zwischen den heutigen Streittheilen der schriftliche Kaufvertrag allein maßgebend erscheint, in welchem aber das Satzcapital von 400 fl. nicht als vom Kläger zur Zahlung übernommen aufgeführt ist, so muß der Geklagte die Löschung bewirken und dem Kläger dafür Gewähr leisten, mit dessen Schaden er sonst sich bereichern würde. Ob bei der Verabredung des Kaufes auch das Capital von 400 fl. zur Sprache gekommen, ob es vom Kläger auf Rechnung des Kaufpreises zur

Zahlung übernommen werden sollte, und ob das Grundbuch von den Parteien damals eingesehen wurde, ist für den gegenwärtigen Fall irrelevant, weil höchstens ein Irrthum bei der Errichtung des Vertrages unterlaufen wäre, indem das Capital von 400 fl. nicht in Abzug gebracht wurde, hieraus aber dem Beklagten ein Nachtheil nicht erwachsen ist und auch nicht dem Kläger ein Nachtheil entstehen darf.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen und in der weiteren Erwägung, daß der bei Errichtung des Kaufvertrages unterlaufene Irrthum nicht in der Berechnung des Kaufschillings, welcher nach dem wahren Werth der Sache, nicht nach dem Tabularstand berechnet wird, sondern lediglich in der Unkenntniß der Tabularposten seinen Grund hat.

Nr. 3140.

Unzulässigkeit des Parteieneides über strafbare Handlungen.

Entsch. v. 13. Oct. 1868, Nr. 9117 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Bobrka v. 14. Dec. 1866, Nr. 2237, und des O. L. G. Lemberg v. 21. Dec. 1867, Nr. 40818). G. H. 1868, Nr. 397.

Die Klage des A gegen B pto. Schadenersatz war auf die Anführung gegründet, daß der Beklagte das ihm vom Kläger in Bestand gegebene Wirthshaus, als er es verließ, devastirt und Materialien des Klägers davon getragen und für sich verwendet habe. Zum Beweis dessen trug A dem B den unrückschiebbaren Haupteid auf, welcher von beiden Untergerichten und auch vom obersten Gerichtshof ausgeschlossen wurde. Gründe der dritten Instanz: Darin, daß die unteren Instanzen auf den erwähnten Haupteid nicht erkannt und denselben für unzulässig erklärt haben, liegt keine Gesetzwidrigkeit, da der Eid über eine strafbare Handlung einen unstatthaften Ableinungseid in sich schließt und daraus, daß nach dem Hfd. v. 9. Juli 1845, J. G. S. Nr. 896, der durch eine strafbare Handlung Beschädigte auch in dem Fall, wenn die Strafbehörde die Einleitung des Strafverfahrens ablehnt, auf dem Civilrechtswege seine Entschädigung suchen kann, noch nicht die Zulässigkeit des Eides über die strafbare Handlung folgt.

Nr. 3141.

Auslegung der Verabredung „halbjähriger Aufkündigung".

Entsch. v. 20. Oct. 1868, Nr. 10548 (Best. des das Urth. des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 17. Sept. 1868, Nr. 17850, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 1. Oct. 1868, Nr. 18732). G. H. 1868, S. 372. G. Z. 1868, Nr. 90.

A kündigte im August 1868 die im Mai 1868 dem B vermiethete Wohnung in seinem Haus in der Wiener Vorstadt Leopold-

Nr. 3131.

Beweis der Mutterschaft durch den mit dem Beisatze „angeblich“ versehenen Taufschein eines unehelichen Kindes.

Entsch. v. 6. Oct. 1868, Nr. 7643 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 18. Dec. 1867, Nr. 61659, und des O. L. G. Wien v. 29. April 1868, Nr. 7263). G. H. 1868, S. 394.

Die Klage des Vormundes des außerehelichen Kindes Wilhelm A und der Marie A, als Mutter des letzteren, gegen B wegen Anerkennung der Vaterschaft und Zahlung der Alimente wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, weil nach ihrer Ansicht die von B geleugnete Mutterschaft der A durch den Taufschein des Kindes, worin vor dem Namen desselben das Wort „angeblich“ steht, nicht bewiesen, mithin der von der A dem Beklagten über den Beischlaf in der kritischen Zeit aufgetragene Haupteid irrelevant ist.

Der oberste Gerichtshof erkannte mit Abänderung der untergerichtlichen Urtheile auf den erwähnten Haupteid. Gründe: Wenn auch durch den producirten Taufschein nur soviel bewiesen wird, daß am.... in der Pfarre.... ein am....auf den Namen Wilhelm A getaufter Knabe von einer Frauensperson, die sich, wie die Klägerin, Marie A nannte, geboren wurde, so muß doch hiedurch die Identität der Klägerin mit der Mutter des Kindes als genügend dargethan angesehen werden, da ja auch sonst das Zutreffen des Vor- und Zunamens als eine genügende Bezeichnung der Person angesehen und die Anmaßung eines fremden Namens oder der Ansprüche einer gleichnamigen Person nicht vermuthet wird. Der Beklagte hat zwar alle Anführungen der Klage und darunter auch die Anführung widersprochen, daß die A am....oder überhaupt je einen unehelichen Sohn geboren habe und daß derselbe am....auf den Namen Wilhelm A getauft worden sei. Allein so wenig die Klägerin zu beweisen hat, daß sie wirklich Marie A heißt, so wenig kann sie durch den einfachen Widerspruch des Beklagten gegen die im Taufscheine enthaltene Angabe des Namens der Mutter zum Beweis genöthigt werden, daß sie bei der Taufe des Kindes sich nicht einen falschen Namen beigelegt habe oder daß sie sich nicht jetzt fälschlich für jene Marie A ausgebe, auf deren Kind der Taufschein sich bezieht. Es wäre also wohl offenbar ungerecht, blos darum, weil der Matrikelschein sich mit der Namensangabe der Mutter begnügte, die Mutterschaft der Klägerin als noch eines anderen Beweises bedürftig anzusehen und deshalb das Kind seiner etwaigen Ansprüche gegen den Beklagten ohneweiters verlustig werden zu lassen, zumal die Frage der Identität der Klägerin mit der im Taufscheine als Mutter genannten Frauensperson in der Verhandlung gar nicht erörtert wurde und der Beklagte die darauf eingehende Appellationsbeschwerde gegen das erstgerichtliche Urtheil unbeantwortet gelassen hat.

Nr. 3132.

Giltigkeit des Kaufvertrages über eine Grundparcelle trotz vorläufigen Mangels des politischen Abtrennungsconsenses.

Entsch. v. 6. Oct. 1868, Nr. 8018 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Eggenburg v. 26. März 1867, Nr. 538 und des O. L. G. Wien v. 23. Oct. 1867, Nr. 10889). G. H. 1868, S. 397.

Der oberste Gerichtshof hat die untergerichtlichen Urtheile, wodurch die Klage des Käufers A wider den Verkäufer B pto. Erfüllung des Kaufvertrages wegen Ungiltigkeit des Vertrages aus dem Grund des fehlenden Consenses der politischen Behörde zur Abtrennung der verkauften Parcelle vom Stammgut des B abgewiesen wurde, abgeändert und auf die Beweise durch Zeugen und Sachkundige erkannt, welche von A für die Errichtung des Vertrages, von B für die seinerseits eingewendete laeiso ultra dimidium angeboten worden waren. Gründe: Es wäre offenbar ungerecht und auf irriger Gesetzauslegung beruhend, den Kläger blos darum abzuweisen, weil der Kauf der Waldparcelle wegen Mangels der erforderlichen Abtrennungsbewilligung ungiltig sei; denn es handelt sich ja eben darum, daß der Beklagte sich zur Beseitigung des entgegenstehenden Hindernisses, nämlich zur Erwirkung des politischen Trennungsconsenses verpflichtet haben soll, und so lange er sich nicht ausweiset, dasjenige, was er zur Erfüllung dieses Versprechens zu thun vermag, gethan zu haben, kann von der Unmöglichkeit der versprochenen Leistung nicht die Rede sein. Hiernach kommt es nur darauf an, ob der vom Kläger angeführte Kaufvertrag wirklich zu Stande gekommen sei und ob derselbe andererseits vom Beklagten mit Grund wegen Verletzung über die Hälfte angefochten wurde — worauf eben die zugelassenen Beweise zielen.

Nr. 3133.

Executivproceß: Urkunde.

Entsch. v. 6. Oct. 1868, Nr. 9919 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 3. August 1868, Nr. 70256, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 26. August 1868, Nr. 16197). G. Z. 1868, Nr. 93.

A belangte den B um Zahlung von 280 fl. auf Grund eines Briefes desselben, worin dieser sich verpflichtete, seine Schuld an ihn durch die Berichtigung von Schulden des A an Dritte, worunter auch jene per 280 fl. an C, abzutragen; ferner auf Grund einer Klage des C wieder ihn, A, woraus hervorgehe, daß B der obenerwähnten Verbindlichkeit nicht nachgekommen sei, obgleich er, A, ihm den Streit mit C verkündigt habe; endlich auf Grund der Bestätigung des C,

von A die 280 fl. erhalten zu haben. — In erster Instanz wurde, dem Begehren des Klägers gemäß, nach §. 298 a. G. O. der Executivproceß eingeleitet. — Das O. L. G. hingegen verordnete die Einleitung des Verfahrens nach Vorschrift des §. 16 a. G. O. in Erwägung, daß der klägerische Ersatzanspruch nicht in vollem Umfange durch vollen Glauben verdienende Urkunden begründet erscheint.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung, weil in keiner der beigebrachten Urkunden die Verpflichtung zur Zahlung der 280 fl. an den Kläger selbst unmittelbar ausgesprochen erscheint.

Nr. 3134.

Servitut oder Bestandverhältniß? Unstatthaftigkeit der Aufkündung.

Entsch. v. 6. Oct. 1868, Nr. 10072 (Best. des das Urth. des B. G. Hietzing v. 30. Juli 1868, Nr. 4843, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 2. Sept. 1868, Nr. 16565). G. Z. 1868, Nr. 92.

Der Bäcker A, welcher in dem Hause Nr. 7 des B einen Brotladen benützte, den ihm dieser zur Räumung nach einem Vierteljahre gekündigt hatte, überreichte Einwendungen gegen die Kündigung, welche sich darauf stützten, daß am 18. Mai 1803 X das Haus Nr. 7 verkauft, dabei aber die Käufer für sich und seine Erben oder andere Besitzer des Hauses sich verpflichtet habe: „daß er zu Gunsten des Verkäufers und Gewerbsnachfolger zu allen Zeiten einen Brotladen in dem Hause gedulden und ihnen die dazu gleich bezeichnete Localität um einen jährlichen Bestandzins von 30 fl. überlassen wolle, welches sohin als eine Dienstbarkeit des Hauses angesehen und bei dem Grundbuche vorgemerkt werden solle“; daß diese Eintragung im Grundbuche bei dem Hause Nr. 7 vollzogen wurde, daß ein Besitzvorfahr des B schon im Jahre 1853 auf Löschung der erwähnten Verpflichtung geklagt habe, jedoch in zweiter und dritter Instanz sachfällig geworden, also res judicata vorhanden sei, daß übrigens eine Servitut nicht im Wege der Aufkündigung bestritten werden könne; daß endlich dasselbe Bäckergeschäft, welches X im Jahre 1803 betrieb, auf seinen, des A Großvater, dann Vater, sohin seine Mutter, und zuletzt auf ihn selbst übergegangen, daher er unter den Gewerbsnachfolgern aller Zeiten des X begriffen sei. B suchte Anfangs das Rechtsverhältniß als Servitut der Wohnung darzustellen, welche schon mit dem Tode des X erloschen sei, oder doch nur auf die ersten gesetzlichen Erben übertragen werden konnte; später aber stützte er sich darauf, daß, wie der bedungene Bestandzins zeige, ein Bestandvertrag vorliege, der umsomehr wie jeder andere kündbar sein müsse, als er auf keine bestimmte

Zeit geschlossen wurde. — In erster Instanz wurde die Aufkündigung aufrecht erhalten. Die Gründe waren im Wesentlichen: Schon bei dem Processe im Jahre 1853 lag das volle Gewicht der Entscheidung auf der Frage, ob der Inhaber des Bäckerlocales Gewerbsnachfolger des X sei oder nicht, und auch in dem gegenwärtigen Rechtsstreite, welchem die Einwendung rei judicatae schon deshalb nicht mit Wirkung entgegengesetzt werden kann, weil andere Streitparteien auftreten und weil das Erkenntnißbegehren verschieden erscheint, ist die Lösung der Streitfrage von demselben Umstande abhängig. A ist aber nicht Gewerbsnachfolger des X, denn ihm wurde am 30. October 1860 die Beglaubigung darüber ausgefertigt, daß er den Antritt des freien Gewerbes der Bäckerei angemeldet habe, keineswegs aber das Gewerbe des X oder seiner Eltern verliehen, und konnte es auch nicht, da nach dem kaiserl. Patente vom 20. December 1859, R. G. Bl. Nr. 227, §§. 3, 13 und 16 das Bäckergewerbe ein freies geworden war; ein solches beschränkt sein Dasein auf die Person des Ausübenden und von einem Nachfolger in einem solchen Gewerbe ist daher nicht mehr die Rede; es ist daher die im Vertrage vom 18. Mai 1803 stipulirte Pflicht des Eigenthümers des fraglichen Hauses zur Duldung des Bäckerlocales erloschen. — Das O. L. G. erkannte, daß die Aufkündigung unstatthaft sei. Gründe: Nachdem A dieselbe zurückgelegt und dabei ausdrücklich bestritten hat, daß er mit B einen Bestandvertrag über das Gewölbe abgeschlossen habe, so entsteht die Frage, ob hier überhaupt ein nach den §§. 1114 und 1116 a. b. G. B. der Aufkündigung unterliegender und dadurch auflösbarer Bestandvertrag vorhanden sei und diese Frage muß verneinend beantwortet werden, weil B die Existenz eines anderen als des Vertrages vom 18. Mai 1803 weder behauptet noch nachgewiesen hat, und insoweit er behauptet, daß das durch diesen Vertrag begründete grundbücherlich einverleibte Servitutsrecht bereits erloschen sei oder doch für A keine Geltung habe, diese Behauptung nur mittelst einer ordentlichen mit dem entsprechenden Begehren versehene Klage, nicht aber mittelst einer bloßen Aufkündigung geltend gemacht werden könnte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus den Gründen derselben, ferners weil B nicht bewiesen hat, daß zwischen ihm und A ein aufkündbares Bestandverhältniß obwalte, und weil das Verhältniß, vermöge dessen A den Brotladen benützt, kein solches ist.

Nr. 3135.

Besitz des Rechtes zum Betrieb eines bestimmten Erwerbgeschäftes. — Besitzstörung?

Entsch. v. 7. Oct. 1868, Nr. 9035 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Alt- und Neustadt Prag v. 15. Mai 1868, Nr. 21978 und des O. L. G. Prag v. 1. Juni 1868, Nr. 18819). G. H. 1868, S. 399.

Die Allgemeine Gasbeleuchtungs- und Gasbeheizungsgesellschaft in Prag wurde von der Prager Stadtgemeinde in possessorio summariissimo aus dem Grunde belangt, weil die Gesellschaft im October 1867 vor dem Hause Nr. 1306 von dem Hauptgasrohr an bis zur Grenze jenes Hauses in der Länge von 3 Klafter die Gasse aufgraben und das Gaszuleitungsrohr einlegen ließ, ohne von der Gemeinde den vorgeschriebenen Meldzettel erhalten zu haben.

Das von beiden Untergerichten zugelassene Klagbegehren wurde in dritter Instanz aus folgenden Gründen abgewiesen: Im Vertrag vom Jahre 1844 wurde der Breslauer Gasbeleuchtungsgesellschaft, deren Nachfolgerin die Beklagte ist, das Recht eingeräumt, die Gasbeleuchtung einzuführen und zu besorgen, zu diesem Zwecke die Leitungsröhren einzulegen und die dabei nöthigen Aufreißungen des Straßenpflasters vorzunehmen, und es ist dieses Recht von der Beklagten bis herab auf den Zeitpunkt der angeblichen Besitzstörung ununterbrochen ausgeübt worden. Nach Ablauf des im Vertrage festgesetzten Termines von 20 Jahren wurde derselbe nicht mehr erneuert. Damit erlosch nach §. 25 des Vertrages nur die im §. 1 desselben stipulirte Ausschließlichkeit des Rechtes der Beklagten zur Zuleitung des Gases von Außen, d. i. von den Gassen und Plätzen in die Gebäude und trat die freie Concurrenz ein. Nach den Vertragsbestimmungen durften der neu gegründeten Unternehmung die unter den Gassen und Plätzen gelegenen Gasbeleuchtungsröhren der Beklagten allerdings nicht hinderlich sein; daß aber ein Fall solcher Behinderung eingetreten wäre, wurde klägerischerseits nicht behauptet. Die Beklagte hat nach verstrichener Vertragsdauer ihre Gebäude und Vorrichtungen zur Erzeugung und Zuleitung des Gases fortbestehen lassen, versorgt nach wie vor Private mit Gas und befindet sich, wie gesagt, in dem ununterbrochenen Besitz und Ausübung des Rechtes, von Außen in die Gebäude von Prag Gas zu leiten, und des damit nothwendig verbundenen Rechtes, das Straßenpflaster aufzureißen. Beim Bestehen dieses Besitzverhältnisses hat demnach die Beklagte durch die incriminirte Handlung den Besitz der Klägerin nicht gestört. Das Besitzverhältniß erhielt dadurch keine Aenderung, daß die Klägerin der Beklagten bekannt gab, daß sie nicht in der Lage sei, vom 16. September 1867 an der Gasanstalt die Benutzung des Gemeindegrundes zu Beleuchtungs- und anderen Zwecken zu gestatten, weil eine solche einseitige Verfügung das durch Vertrag erworbene

Recht des anderen Contrahenten nicht aufheben konnte und auch nicht dargethan ist, daß der Letztere, die Beklagte, das Untersagungsrecht der Klägerin anerkannt und dem Verbot sich gefügt habe (§. 313 a. b. G. B.). Das O. L. G. fand die Besitzstörung darin, daß die Aufgrabung des Gassengrundes diesmal ohne vorgängige Lösung eines Meldzettels geschah, nachdem die Beklagte bisher in solchen Fällen immer erst einen Meldzettel gelöst hatte. Allein diese Unterlassung hat für das zwischen den Streittheilen bestehende Privatrechtsverhältniß keine Bedeutung. Denn die vorgängige Lösung des Meldzettels wurde zur Vermeidung von polizeilichen Uebelständen und der Communicationsstörungen und zur Instandhaltung des Straßenpflasters und Ueberwachung der Wiederherstellung aufgegrabener Straßen angeordnet, und für die Wiederherstellung des Straßenpflasters hat die Localpolizeibehörde unter Anwendung der gesetzlichen Zwangsmittel zu sorgen; die unterbliebene Lösung des Meldzettels kann daher nur im polizeilichen Wege geahndet werden: das Recht zum Betrieb des Erwerbsgeschäftes, in dessen Ausübung die Beklagte sich befindet, ist von der Lösung des Meldzettels nicht abhängig.

Nr. 3136.

Unwirksamkeit des den Ehegatten zur Alimentirung der Frau verurtheilenden Erkenntnisses für die Zeit nach dem Tode des Mannes.

Entsch. v. 7. Oct. 1868, Nr. 9888 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 7. Juli 1868, Nr. 37420 und des O. L. G. Wien v. 12. August 1868, Nr. 15508). G. Z. 1868, Nr. 93. G. H. 1868, S. 406.

Die A hatte wider ihren Gatten B ein Urtheil auf Zahlung monatlicher Alimente erwirkt. Nach dessen Tod im Mai 1868 begehrte sie zur Einbringung der für die Monate Juni und Juli 1868 fälligen Unterhaltsraten die executive Pfändung der Verlassenschaftseffecten, die ihr in erster Instanz bewilligt wurde. — Der dagegen ergriffene Recurs des B'schen Verlassenschaftscurators, welcher geltend machte, daß die auf dem Urtheil beruhende Alimentationspflicht des B mit seinem Tode erlosch, wurde vom O. L. G. abgewiesen, in Erwägung, daß das dem Executionsbegehren zu Grunde liegende Urtheil eine Beschränkung des Alimentationsbezuges auf den Todesfall des Verpflichteten nicht enthält und von Amtswegen in eine Beurtheilung, inwieferne durch die Auflösung des Ehebandes die Alimentationspflicht geändert wird, nicht einzugehen war.

Der oberste Gerichtshof änderte die gleichförmigen Entscheidungen ab und wies das Executionsgesuch zurück, in Erwägung, daß

mit dem Urtheile offenbar nur über den der A als Ehegattin des B zustehenden Unterhaltsanspruch erkannt worden ist, und somit in diesem Urtheile ein executionsfähiges Erkenntniß über die davon ganz verschiedenen, ihr als Witwe des B auf dessen Nachlaß etwa zustehenden Ansprüche nicht gefunden werden kann, worauf bei Erledigung des Executionsgesuches allerdings einzugehen war.

Nr. 3137.

Unzulässigkeit der Anwendung der Regeln des Wechselprocesses auf die Verhandlung über die Meistgebotsvertheilung.

Entsch. v. 13. Oct. 1868, Nr. 10179 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des H. G. Prag v. 2. Juli 1868, Nr. 34937 und des O. L. G. Prag vom 4. August 1868, Nr. 22871). G. H. 1868, S. 400.

In Vollstreckung des Urtheils auf Zahlung einer Wechselschuld kam es auf Einschreiten des Gläubigers A zur gerichtlichen Versteigerung einer Forderung des Schuldners B, welche C erstand. Das Gericht erließ sodann die Verordnung über die Vertheilung des Meistgebotes, gegen welche C den Appellationsrecurs ergriff, der von beiden Untergerichten als verspätet, weil nicht in der dreitägigen Frist des §. 12, lit. d der Justizministerialverordnung vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52 (Verfahren in Wechselsachen), angebracht, abgewiesen wurde.

Der oberste Gerichtshof cassirte die untergerichtlichen Decrete mit dem Auftrag an das O. L. G., den Appellationsrecurs gegen die erstgerichtliche Meistgebotsvertheilung in merito zu erledigen. Gründe: Die Verhandlung wegen Vertheilung des Meistgebotes ist nicht die zwischen A und B abgeführte wechselrechtliche Verhandlung, welch' letztere mit der Durchführung der Veräußerung des Pfandobjectes ihr Ende erreicht hat. Die Verhandlung zur Vertheilung des Meistgebotes wird zugleich mit anderen Interessenten geführt, ohne Rücksicht, ob sie aus Wechseln Forderungen stellen oder nicht. Insbesondere macht der Ersteher (Recurrent) C kein Wechselrecht geltend. Auf diese, nach ihrer Natur vom Streitverfahren zwischen dem Wechselgläubiger und dem Wechselschuldner ganz verschiedene Verhandlung können sohin auch die Fristen des wechselrechtlichen Verfahrens keine Anwendung haben, sondern es finden, wenn auch die Meistgebotsvertheilung aus einem Wechselproceß hervorgegangen ist, nach §. 26 der citirten Justizministerialverordnung vom 25. Jänner 1850, Nr. 52, die Fristen der Gerichtsordnung, also hier die — vom Recurrenten eingehaltene — 14tägige Recursfrist statt.

Nr. 3138.

Executive Pfändung ohne Nachweis des Nichtausreichens des bereits erworbenen executiven Pfandrechtes.

Entsch. v. 13. Oct. 1868, Nr. 10244 (Best. des Decr. der Prätur Sign v. 20. Juni 1868, Nr. 2107, Abänd. des Decr. des O. L. G. Zara vom 21. Juli 1868, Nr. 3589). G. H. 1868, S. 389.

In der von A gegen B wegen 430 fl. geführten Execution auf eine Liegenschaft war die Schätzung bewilligt worden, deren Vornahme aber deshalb unterblieb, weil A den ihm aufgetragenen Vorschuß der Schätzungskosten nicht leistete. Nun begehrte A die Bewilligung des executiven Pfandrechtes an einem anderen Grundstücke seines Schuldners B, indem er anführte, daß er mit dem Werth der zuerst in Execution gezogenen Liegenschaft nicht gedeckt sein würde. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde vom O. L. G. wegen Mangels jedweder Bescheinigung der Unzulänglichkeit des Pfandes abgewiesen.

In Erwägung, daß, wenn nach dem klaren Wortlaut des §. 411 westg. G. O. der Gläubiger berechtigt ist, zur Realisirung seiner Forderung auf beliebige Vermögensstücke des Schuldners Execution zu führen und ihm desfalls die freie Wahl selbst dann zugestanden wird, wenn seine Forderung mit einem Unterpfand schon bedeckt wäre, sein Recht, die auf bestimmte Gegenstände bereits erwirkte Execution auf andere Gegenstände auszudehnen, wohl nicht bezweifelt werden kann, und daß der vom vertragsmäßigen Pfand handelnde §. 458 a. b. G. B. in dem Executionsverfahren keine Anwendung findet, hat der oberste Gerichtshof den erstgerichtlichen Bescheid bestätigt.

Nr. 3139.

Kaufvertrag: Irrthum in Ansehung der vom Käufer zur Zahlung übernommenen Satzposten.

Entsch. v. 15. Oct. 1868, Nr. 8758 (Best. des das Urth. des B. G. St. Veit v. 3. März 1868, Nr. 548, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 12. Mai 1868, Nr. 5750). G. Z. 1868, Nr. 90. Zeitschr. f. d. Notariat 1868, Nr. 50.

A hatte von B dessen Realität um 8000 fl. gekauft. Im Vertrage wurden Satzposten per 4000 fl. vom Käufer A zur Selbstzahlung übernommen, der Rest von 4000 fl. von ihm baar berichtigt. Am Schlusse des Vertrages hieß es, daß beide Theile den Tabularbestand eingesehen haben und daß sämmtliche Tabularposten gehörig berücksichtigt worden seien. Nun trat aber A gegen B klagend auf mit der Bitte um Erkenntniß, derselbe sei schuldig, die Löschung einer auf der

Realität, außer den ihm überbundenen 4000 fl., noch haftenden Satzpost per 400 fl. zu erwirken, da nur irrthümlich diese bei der Zahlungsmodalität nicht berücksichtigt worden war und er nun 400 fl. über den bedungenen Kaufschilling zahlen müsse. Der Geklagte berief sich auf den Schlußsatz des Vertrages, den §. 928 a. b. G. B. und auf die angeblich zwischen ihm und dem Kläger bezüglich des Kaufpreises dahin getroffene Verabredung, daß er jedenfalls baar 4000 fl. erhalten müsse, was nicht der Fall wäre, wenn Kläger nicht auch die fraglichen 400 fl. berichtigen würde, sondern er dieses thun müßte, um deren Löschung zu bewirken. — Die erste Instanz wies den Käger ab. Gründe: Der Kläger erkennt selbst unter Producirung des Kaufvertrages an, daß beide Theile, somit auch er, Kläger, den Tabularbestand eingesehen haben und daß sämmtliche Tabularposten gehörig berücksichtigt worden sind. Demzufolge entfällt nach §§. 928 und 443 a. b. G. B. die Haftung des Geklagten für die Post per 400 fl. umsomehr, als aus den Worten, daß sämmtliche Tabularposten gehörig berücksichtigt worden sind, gefolgert werden muß, daß bei Behandlung des Kaufpreises auf diese 400 fl. Rücksicht genommen worden. Deshalb, und selbst für den Fall, daß diese Vertragsstelle undeutlich wäre (§. 915 a. b. G. B.), kann dem Klagbegehren nicht stattgegeben werden. — Das O. L. G. erkannte nach dem Klagbegehren. Gründe: Da der Kaufpreis per 8000 fl. außer Zweifel gestellt ist, so erstrecken sich die Leistungen des Käufers, dem Verkäufer gegenüber, nur auf diese Ziffer des Kaufschillings, und indem der Geklagte in seiner Einrede angeführt hat, daß er die Realität dem Kläger gegen Uebernahme aller intabulirten Schulden und Zahlung des nach Abzug derselben verbleibenden Kaufschillingsrestes verkauft habe, so ergibt sich aus seinem eigenen Geständniß, daß vom Kaufreis per 8000 fl. außer den übernommenen Satzposten per 4000 fl. noch die Satzpost per 400 fl. abzuziehen war, sonach dem Verkäufer nur ein Kaufschillingsrest von 3600 fl. verblieben wäre. Nun zeigt sich aber, daß der Geklagte vom Kläger an Kaufschilling 4000 fl., also um 400 fl. mehr erhalten hat, als ihm, wenn der Käufer auch die fragliche Satzpost von 400 fl. übernommen hätte, gebührt haben würde; daher ist er demselben für diese 400 fl. ersatzpflichtig. Wird weiter erwogen, daß es sich vorliegend nicht um die Frage handelt, ob der Kläger als Besitzer der Pfandsache dem Gläubiger der 400 fl. gegenüber verpflichtet erscheint, und daß im Sinne des §. 887 a. b. G. B. zwischen den heutigen Streittheilen der schriftliche Kaufvertrag allein maßgebend erscheint, in welchem aber das Satzcapital von 400 fl. nicht als vom Kläger zur Zahlung übernommen aufgeführt ist, so muß der Geklagte die Löschung bewirken und dem Kläger dafür Gewähr leisten, mit dessen Schaden er sonst sich bereichern würde. Ob bei der Verabredung des Kaufes auch das Capital von 400 fl. zur Sprache gekommen, ob es vom Kläger auf Rechnung des Kaufpreises zur

Zahlung übernommen werden sollte, und ob das Grundbuch von den Parteien damals eingesehen wurde, ist für den gegenwärtigen Fall irrelevant, weil höchstens ein Irrthum bei der Errichtung des Vertrages unterlaufen wäre, indem das Capital von 400 fl. nicht in Abzug gebracht wurde, hieraus aber dem Beklagten ein Nachtheil nicht erwachsen ist und auch nicht dem Kläger ein Nachtheil entstehen darf.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. aus dessen Gründen und in der weiteren Erwägung, daß der bei Errichtung des Kaufvertrages unterlaufene Irrthum nicht in der Berechnung des Kaufschillings, welcher nach dem wahren Werth der Sache, nicht nach dem Tabularstand berechnet wird, sondern lediglich in der Unkenntniß der Tabularposten seinen Grund hat.

Nr. 3140.

Unzulässigkeit des Parteieneides über strafbare Handlungen.

Entsch. v. 13. Oct. 1868, Nr. 9117 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Bobrka v. 14. Dec. 1866, Nr. 2237, und des O. L. G. Lemberg v. 21. Dec. 1867, Nr. 40818). G. H. 1868, Nr. 397.

Die Klage des A gegen B pto. Schadenersatz war auf die Anführung gegründet, daß der Beklagte das ihm vom Kläger in Bestand gegebene Wirthshaus, als er es verließ, devastirt und Materialien des Klägers davon getragen und für sich verwendet habe. Zum Beweis dessen trug A dem B den unrückschiebbaren Haupteid auf, welcher von beiden Untergerichten und auch vom obersten Gerichtshof ausgeschlossen wurde. Gründe der dritten Instanz: Darin, daß die unteren Instanzen auf den erwähnten Haupteid nicht erkannt und denselben für unzulässig erklärt haben, liegt keine Gesetzwidrigkeit, da der Eid über eine strafbare Handlung einen unstatthaften Ableinungseid in sich schließt und daraus, daß nach dem Hfd. v. 9. Juli 1845, J. G. S. Nr. 896, der durch eine strafbare Handlung Beschädigte auch in dem Fall, wenn die Strafbehörde die Einleitung des Strafverfahrens ablehnt, auf dem Civilrechtswege seine Entschädigung suchen kann, noch nicht die Zulässigkeit des Eides über die strafbare Handlung folgt.

Nr. 3141.

Auslegung der Verabredung „halbjähriger Aufkündigung“.

Entsch. v. 20. Oct. 1868, Nr. 10548 (Best. des das Urth. des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 17. Sept. 1868, Nr. 17850, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 1. Oct. 1868, Nr. 18732). G. H. 1868, S. 372. G. Z. 1868, Nr. 90.

A kündigte im August 1868 die im Mai 1868 dem B vermiethete Wohnung in seinem Haus in der Wiener Vorstadt Leopold-

stadt auf Februar 1869. B bestritt die Giltigkeit der Aufkündigung, weil er dem A erklärt hatte, die Wohnung nur gegen halbjährige Kündigung zu nehmen, worauf in der That (was auch A im Proceß zugestand) halbjährige Kündigung vereinbart wurde, und weil demnach, mit Rücksicht auf den in Wien herrschenden Sprachgebrauch, gemäß welchem unter halbjähriger Kündigung nur die Kündigung im Mai und November verstanden werde, A nicht berechtigt gewesen sei, ihm die Wohnung im August auf Februar zu kündigen. A bemerkte dagegen, daß er dem Uebereinkomemn durch seine — halbjährige — Aufkündigung Genüge geleistet habe, und die Kündigungstermine Mai und November nur für die innere Stadt Wien, nicht auch für die Vorstädte angeordnet wurden. — In erster Instanz wurde die Kündigung aufrecht erhalten; das O. L. G. erklärte sie für unwirksam.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz. Gründe: Beide Contrahenten sind übereingekommen, daß zwischen ihnen eine halbjährige Aufkündigungsfrist, also wie sie in der Verordnung des O. L. G. Wien v. 11. October 1865, Nr. 17294 (L. G. Bl. für Niederösterreich vom Jahre 1866, Nr. 11), für die innere Stadt Wien bestimmt ist, stattfinden soll. Deshalb ist anzunehmen, daß nach ihrer Willenserklärung die halbjährige Aufkündigung auch nur in den von der citirten Verordnung für die halbjährige Kündigung festgesetzten Zeitpunkten: 1. Mai und 1. November, stattfinden sollte.

Nr. 3142.

Unzulässigkeit der Beweisführung pro vitando perjurio in Bestandstreitsachen.

Entsch. v. 27. Oct. 1868, Nr. 10717 (Best. des das Decr. des B. G. Bochnia v. 26. Juni 1868, Nr. 2513, abänd. Decr. des O. L. G. Krakau vom 24. August 1868, Nr. 12845). G. H. 1868, S. 424.

Nachdem in der Rechtssache des Verpächters A gegen den Pächter B pto. Zurückstellung des Pachtgutes auf einen Haupteid des A erkannt worden war, begehrte B die Vernehmung mehrerer Zeugen als Beweis gegen den Haupteid und wurde in zweiter Instanz abgewiesen mit Berufung auf den auch im Verfahren in Streitigkeiten aus Bestandverträgen (kais. Vdg. v. 16. Nov. 1858, R. G. Bl. Nr. 213) geltenden §. 38 des Gesetzes über den summarischen Civilproceß, welcher Gewissensvertretung und Gegenbeweis nach geschlossener Verhandlung ausschließt.

Auf den Recurs des B, worin er den §. 15, lit. b der kais. Vdg. v. 16. Nov. 1858, R. G. Bl. Nr. 213 (Zulässigkeit „der

Zeugenvernehmung, die binnen acht Tagen erfolgen kann") für sich anführte, hat der oberste Gerichtshof die Entscheidung des O. L. G. in der Erwägung bestätigt, daß die Zulassung des Zeugenbeweises nach dem citirten §. 15 sich nur auf das Stadium der Verhandlung des Rechtsstreites bezieht und daß auch die Anwendung des darauf folgenden §. 16 (wornach Beweismittel, welche in der Verhandlung nicht ausgeführt werden konnten, „mittelst abgesonderten summarischen Verfahrens angebracht und ausgeführt werden können") nur im Zug der Verhandlung stattfindet, da sonst der Zweck: die Beschleunigung der Streitigkeiten, vereitelt sein würde.

Nr. 3143.

Unzulässigkeit der Oppositionsklage, gestützt auf den Nachweis der Fälschung der dem Urtheil zu Grunde liegenden Urkunde.

Plenar-Entsch. v. 3. Nov. 1868, Nr. 8657 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des K. G. Kuttenberg v. 28. Jänner 1868, Nr. 272 und des O. L. G. Prag v. 28. April 1868, Nr. 12139). Zeitschr. für das österr. Notariat 1869, Nr. 24.

Als Giratar eines Wechsels per 540 fl. hatte B gegen A als Acceptant die Zahlungsauflage erwirkt und nach eingetretener Rechtskraft derselben gegen A die Execution eingeleitet. Nun trat der Letztere gegen B als Kläger auf und bestritt die Giltigkeit des Wechsels, der Zahlungsauflage und der geführten Execution aus dem Grunde, weil seine auf dem Wechsel vorkommende Unterschrift nicht von ihm, sondern von seinem Bruder C ohne sein Wissen beigesetzt und C wegen dieser Wechselfälschung, beziehungsweise wegen Verbrechens des Betruges rechtskräftig verurtheilt worden ist. Gegen B liegt nicht der geringste Verdacht einer Mitwissenschaft vor; von dem Strafgerichte wurde derselbe als rechtsmäßiger und redlicher Inhaber des Wechsels anerkannt, als Zeuge beeidet und in den Urtheilsgründen angeführt, daß weder der wechselgerichtliche Zahlungsauftrag, noch die auf Grund desselben erwirkte Execution für ungiltig erklärt werden könne, weil A gegen den Zahlungsauftrag keine Einwendungen erhoben und B den Wechsel auf rechtmäßige Art an sich gebracht hat, weshalb A nach §. 362 St. P. O. mit seinen Ersatzansprüchen auf den Rechtsweg gewiesen wurde. — Beide Untergerichte haben dem Klagbegehren stattgegeben, das O. L. G. aus dem Grunde, weil eine ohne Einwirkung des Klägers von dritten Personen gesetzte Handlung für denselben ohne Rechtswirkung bleibe und weil bei dem Umstande, daß A die betrügerische Fälschung erst nach deren Feststellung durch das Strafgericht mit Erfolg einwenden konnte, in dem Strafurtheil eine der Zahlungsauflage nachgefolgte Thatsache liege, durch welche A im Sinne des

Hfd. vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, zur Klage auf Behebung des Zahlungsauftrages und der Execution berechtigt worden sei.

Der oberste Gerichtshof hat das Klagbegehren abgewiesen und zwar in Erwägung, daß dem gegenwärtigen Kläger A gegen den Beklagten B kein Rechtstitel eines Schadenersatzes zusteht; daß der letzte und jetzt einzig maßgebende Grund der Rechtswirksamkeit der erwähnten Zahlungsauflage darin besteht, daß A kein Rechtsmittel dagegen ergriff, sich damit zufriedenstellte und dieselbe in Rechtskraft erwachsen ließ, und diese Rechtskraft durch keine spätere Thatsache behoben erscheint, wobei die Beschaffenheit der Urkunde und sonstiger Belege der Klage, worüber das Zahlungserkenntniß erfloß, kein entscheidendes Moment mehr bildet; daß die Fälschung der Unterschrift des A auf dem Wechsel demselben jedenfalls zur Zeit der an ihn erfolgten Zustellung der Klage des B und des hierüber erflossenen Zahlungsauftrages bekannt war und bekannt sein mußte, und daher dieser Umstand rücksichtlich des hiebei zunächst betheiligten A sich nicht als ein späteres, dem Urtheile nachgefolgtes Factum darstellt, wegen dessen nach dem Hfd. v. 22. Juni 1836, Nr. 145, die rechtskräftig erwirkten Executionsacte behoben werden können; und daß verspätete Einwendungen gegen einen wechselgerichtlichen Zahlungsauftrag nach §. 7 der J. M. V. vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52, unzulässig sind, als eine solche sich aber die Geltendmachung der Unechtheit des Acceptes darstellt, welche A allerdings als Einwendung rechtzeitig anzubringen in der Lage war, und welche nunmehr nach Verlauf von zwei Jahren keine Berücksichtigung verdient, zumal die Entschuldigung der Gesetzesunkenntniß nicht beachtet werden kann.

Nr. 3144.

Beginn der Verjährung der Gewährleistungsklage. Verabredung einer längeren Garantiefrist.

Entsch. v. 3. Nov. 1868, Nr. 10106 (Abänd. der Urth. des B. G. Jungbunzlau v. 29. Dec. 1867, Nr. 10257 und des O. L. G. Prag v. 14. April 1868, Nr. 10695). G. H. 1868, S. 412.

Der oberste Gerichtshof entschied in einem Proceß um Gewährleistung für Mängel von verkauften beweglichen Sachen, daß die Frist von 6 Monaten, innerhalb welcher nach §. 933 a. b. G. B., die Gewährleistung bei sonstiger Erlöschung des Rechtes zu fordern ist, mit dem Zeitpunkte der Uebergabe der Sachen anfängt. Der §. 933 a. b. G. B. geht offenbar von der Ansicht aus, daß bei beweglichen Sachen die Frist von 6 Monaten, bei Immobilien jene von drei Jahren genügt, um die vorhandenen Mängel wahrzunehmen und die

daraus erwachsenden Ansprüche mittelst Klage geltend zu machen, und deshalb will das Gesetz alle späteren Rechtsführungen aus dem besagten Titel ausgeschlossen wissen. Dem wäre es aber ganz entgegen, wenn man die Frist zur Gewährleistungsklage erst von dem Zeitpunkte an berechnen würde, wo der Empfänger der Sache durch den Gebrauch derselben von ihren Mängeln Kenntniß erlangt, weil es dann in seinem Belieben läge, die Haftung des Uebergebers willkürlich auf Jahre dadurch zu verlängern, daß er die Sache jahrelang nicht in Gebrauch nimmt und solchergestalt unterläßt, sich Kenntniß von einem Mangel zu verschaffen, der erst durch die Benutzung der Sache wahrnehmbar wird, was offenbar der Absicht des Gesetzes zuwider liefe. Andererseits aber enthält diese (oberstgerichtliche) Auslegung des §. 933 keine Gefahr für den Empfänger, da es ihm bei Schließung des Vertrages freisteht, eine längere Haftungszeit, wenn er sie für nöthig hält, sich auszubedingen.

Nr. 3145.

Schuldanerkennung: Unwiderruflichkeit des Verzichtes auf die eingetretene Verjährung.

Entsch. v. 3. Nov. 1868, Nr. 10201 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 24. Juli 1868, Nr. 62938, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 10. Sept. 1868, Nr. 15876). G. Z. 1869, Nr. 24.

Die mit einer Wechselklage Belangte anerkannte bei der ersten Tagsatzung die Schuld und bat um Zahlungsfristen; der Vertreter des Klägers verlangt die Verlegung der Tagsatzung, um hierüber Instruction einholen zu können. Bei der zweiten Tagsatzung wendete die Beklagte die Verjährung ein und die erste Instanz gab dieser Einrede statt. — Die beiden höheren Gerichte verurtheilten die Beklagte, der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: Nach dem im §. 1502 a. b. G. B. ausgesprochenen Grundsatze, welcher, da die allgemeine Wechselordnung keine hievon abweichende Bestimmung enthält, auch in Ansehung der wechselrechtlichen Verbindlichkeiten als geltend angenommen werden muß, kann der Verjährung nur im voraus nicht entsagt werden. Dies schließt aber nicht in sich, daß Derjenige, welcher als Wechselverpflichteter aus einem bereits verjährten Wechsel belangt wird, auf die Einwendung der Verjährung nicht verzichten könne, vielmehr ergibt sich das Gegentheil schon daraus, daß (in der Regel) auf die Verjährung, ohne Einwendung der Parteien, von Amtswegen kein Bedacht zu nehmen ist. Im vorliegenden Falle hat die Geklagte, ungeachtet, wegen eingetretener Verjährung des Klagwechsels, nicht die Zahlungsauflage erlassen, sondern das wechselrechtliche Verfahren eingeleitet worden ist, gleichwohl bei der ersten Tagsatzung den ein-

geklagten Betrag dem Kläger schuldig zu sein ausdrücklich erklärt und nur einen Vergleich auf ratenweise Abzahlung beantragt, ohne jedoch ihre Zahlungsverbindlichkeit von der Annahme dieses Vergleichsantrages abhängig, oder sonst für den Fall der Nichtannahme irgend einen Vorbehalt in Bezug auf die eingetretene Verjährung des Wechsels zu machen. Hierin muß ein Verzicht der Geklagten auf die Einwendung der Verjährung erkannt und die wechselmäßige Verbindlichkeit aus dem Klagwechsel als von ihr für noch fortan bestehend anerkannt angesehen werden, und kömmt hienach die Bestimmung des Art. 80 W. O. über die Unterbrechung der Verjährung nicht mehr in Frage. In Folge dieses von der Geklagten abgelegten Schuldgeständnisses kann aber auch auf die von ihrem Vertreter erst bei der zweiten Tagsatzung erhobene Einwendung der Verjährung kein Bedacht genommen werden, da auch eine Rechtseinwendung in einer späteren Proceßrede nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn hierauf schon von vornherein verzichtet worden ist.

Nr. 3146.

Novation durch Wechselausstellung?

Entsch. v. 5. Nov. 1868, Nr. 6584 (Best. des Urth. des B. G. Imst vom 4. April 1868, Nr. 1016, Abänd. des Urth. des O. L. G. Innsbruck vom 13. Mai 1868, Nr. 1555). G. Z. 1868, Nr. 101. Zeitschr. f. d. Notariat 1869, Nr. 12.

Die B verpfändete dem Verkäufer A für den Kaufschilling die erkaufte Liegenschaft und stellte später dem A für den Betrag des Kaufschillings einen Wechsel aus, den sie zur Verfallszeit nicht einlöste. Als sie in den Concurs verfiel, meldete A seine Forderung an und beanspruchte die Anerkennung der Liquidität des Pfandrechtes. Der Concursmassevertreter machte geltend, daß durch die Convertirung der Kaufschillingsforderung in eine Wechselforderung eine Novation im Sinne des §. 1378 a. b. G. B. eingetreten und das ursprüngliche Pfandrecht als erloschen zu betrachten sei, ferner daß durch das gegebene Accept Zahlung geleistet wurde und daher mit der Hauptverbindlichkeit auch der Pfandvertrag als ein Accessorium erloschen sei. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagbegehren, welches in zweiter Instanz aus den nachstehenden Gründen abgewiesen wurde: Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß durch die Uebereinkunft, nach welcher eine gemeine, wiewohl mit einem Pfandrecht versehene Forderung zu einer Wechselforderung umgewandelt wird, der ursprüngliche Rechtsgrund geändert worden, was nach den §§. 1376 und 1377 a. b. G. B. eine Novation genannt wird und die Folge hat, daß die frühere Rechtsverbindlichkeit aufhört und

gleichzeitig die neue ihren Anfang nimmt. Den Parteien ist jedoch nach §. 1378 a. b. G. B. gestattet, die mit der vorigen Hauptverbindlichkeit verknüpften Rechte auf das neue Rechtsverhältniß durch ein besonderes Einverständniß zu übertragen. Ein solches besonderes Einverständniß ist aber nicht nachgewiesen. Würde sich auch erweisen, daß die Wechselschuldnerin, als sie vom Kläger auf Zahlung gedrängt wurde, erklärt habe, er solle sich beruhigen, er habe ja für seine Forderung auch eine Hypothek, so wäre dieses nicht genügend, um die Vorschrift des §. 1378 für erfüllt halten zu können. Allerdings kann eine Wechselforderung mit Hypothek versichert werden, jedoch dazu wird eben ein besonderes Einverständniß erfordert, was aber hier nie statthatte, da durch die Umänderung der Schuld in eine Wechselverpflichtung ein ganz neues Rechtsverhältniß geschaffen wird, durch die Ausstellung des Wechsels die Zahlung im Sinne des §. 1414 a. b. G. B. erfolgt, damit jedes frühere Rechtsverhältniß erlischt, somit auch das Pfandrecht, wenn nicht eben durch ein besonderes Einverständniß dasselbe aufrecht erhalten wird, was hier nicht geschehen ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz in Erwägung, daß es unbestritten ist, daß die Kaufschillingsforderung aufrecht besteht und pfandrechtlich versichert worden ist; daß über diese Forderung der Wechsel in Frage ausgestellt worden ist, der zur Verfallzeit nicht eingelöst wurde; daß die Zahlungsverpflichtung der B durch die Acceptation des bezüglich der Kaufschillingsschuld ausgestellten Wechsels zwar hinsichtlich der schnelleren Einbringlichkeit befestigt, aber daß hiedurch weder die Person des Gläubigers, noch jene des Schuldners, noch auch der Rechtsgrund und Hauptgegenstand der Forderung geändert oder vernichtet worden ist, da der Rechtsgrund immer der Verkauf der Wiese und der Hauptgegenstand die Zahlung des Kaufpreises geblieben ist, somit eine Novation im Sinne der §§. 1376 und 1379 a. b. G. B. diesfalls nicht vorliegt.

Nr. 3147.

Schriftliches oder mündliches Testament? Verhältniß des Urtheiles zum Klagbegehren.

Entsch. v. 5. Nov. 1868, Nr. 7590 (Best. der Urth. des B. G. Freystadt v. 18. Dec. 1867, Nr. 1518 und des O. L. G. Wien v. 15. April 1868, Nr. 6519). G. Z. 1869, Nr. 24.

Auf die Klage des Vormundes der A um Ungiltigerklärung des schriftlichen Testamentes des M und Eintritt der gesetzlichen Erbfolge ward von beiden unteren Instanzen entschieden, daß das Testament

zwar nicht als schriftliches Testament, wohl aber als Aufsatz eines mündlich errichteten Testamentes giltig sei und deshalb die gesetzliche Erbfolge nicht stattzufinden habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung aus folgenden Gründen: Der Kläger verlangt das Erkenntniß, daß das von M am 24. October 1865 errichtete schriftliche Testament ungiltig sei und die gesetzliche Erbfolge in dessen Nachlaß stattfinde. Da nun die Geklagten die Ungiltigkeit dieses Testamentes, soweit es als schriftliches gelten soll, selbst anerkennen, so handelt es sich nur darum: 1. Ob der Richter bei dem Bestande des obigen Klagbegehrens in die Frage eingehen darf, ob die im Aufsatze enthaltenen Anordnungen des Erblassers nicht etwa als eine mit den gesetzlichen Förmlichkeiten versehene letztwillige mündliche Anordnung des Erblassers zu betrachten und 2. ob letzteres auch wirklich der Fall sei. — Zu 1. Nachdem der Kläger selbst, dem es offenbar nur um die Beseitigung der von dem Erblasser angeordneten Vermächtnisse zu thun ist, da sein Mündel sowohl nach der letztwilligen Erklärung ihres Vaters, als auch in Gemäßheit der gesetzlichen Erbfolge, die einzige Erbin desselben ist, als Kläger wider die Legatare auftritt, statt deren Einschreiten zur Ueberkommung ihrer Vermächtnisse abzuwarten, nachdem ferner das Hofdecret vom 14. Februar 1846, J. G. S. Nr. 933, zwar verbietet, mit dem Ausspruche, daß ein schriftliches Testament als solches ungiltig sei, den Vorbehalt zu verbinden, dasselbe durch einen zweiten Proceß als mündliches geltend zu machen, dadurch aber zu erkennen gibt, daß in einem und demselben Processe über den Rechtsbestand eines Testamentes, sei es nun als schriftliches oder als mündliches, entschieden werden soll, so kann darin, daß beide unteren Gerichte dieses gethan haben, eine offenbare Ungerechtigkeit nicht erblickt werden. — Zu 2. wird vor Allem bemerkt, daß es nach den Aussagen der Zeugen sehr zweifelhaft bleibt, ob der Erblasser in der That ein schriftliches Testament habe machen wollen. Er ließ zwar, wie Zeuge T angibt, den S zum Schreiben des Testamentes holen und hieß denselben auch die einzelnen Anordnungen aufschreiben, verlangte aber keineswegs, daß der sohin von S ohne seine specielle Aufforderung zusammengestellte schriftliche Aufsatz ihm vorgelesen oder von Zeugen gefertigt werde, und mußte erst zur Beisetzung seines eigenen Namens durch Ueberredung bewogen werden. Seine von den Zeugen bestätigte letztwillige Erklärung hat, wie schon das Gericht erster Instanz zeigte, alle Erfordernisse, welche die §§. 585 u. 586 a. b. G. B. für ein mündliches Testament vorschreiben, und erscheint demnach der Ausspruch der unteren Gerichte, daß das Testament vom 24. October 1865 als mündliches giltig sei, gerechtfertigt.

Nr. 3148.

Anerkennung einer verjährten Wechselschuld.

Entsch. v. 5. Nov. 1868, Nr. 7901 (Abänd. des das Urth. des L. G. Wien v. 29. Oct. 1867, Nr. 37761, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 7. April 1868, Nr. 2948). G. Z. 1869, Nr. 6. G. H. 1869, Nr. 297.

Im Jahre 1866 klagte A gegen die B einen im Jahre 1841 auf sie gezogenen, von ihr acceptirten Wechsel ein, indem er geltend machte, sie habe im Jahre 1865, als er die Schuld einmahnte, dieselbe anerkannt. — Die erste Instanz ging auf den Beweis über diese Thatsache so wie über die Echtheit der Unterschrift der B ein, die zweite wies das Klagbegehren ab. In der Begründung bemerkte dieselbe: „Zudem bestimmt die Verordnung vom 12. April 1850, R. G. Bl. Nr. 141, daß die neue Wechselordnung auch für alle Rechtshandlungen gilt, welche in Bezug auf vor dem 1. Mai 1850 ausgestellte Wechsel nach diesem Tage vorkommen. Eine Rechtshandlung in Beziehung auf Wechsel ist aber auch die Unterlassung des rechtzeitigen Anspruches auf die Forderung aus dem Wechsel. Der Klagwechsel war daher zufolge Art. 77 der W. O. vom Jahre 1850 mit 1. Mai 1853 verjährt, da bis dahin die Geklagte nicht belangt wurde (Art. 80 W. O.). Aus der vom Kläger behaupteten Anerkennung und Zahlungszusicherung der Geklagten folgt für selbe keine Verbindlichkeit zur Zahlungsleistung, weil die Wechselverbindlichkeit bereits aufgehoben war, und solche Verbindlichkeiten weder übernommen noch bekräftigt werden können (§. 1351 a. b. G. B.); es wäre eben nur die Anerkennung einer Nichtschuld gewesen, welche keine Verbindlichkeit zu einer Leistung nach sich zieht. Es ist daher weder der Eid über die Anerkennung der Schuld, noch jener über die Echtheit des Acceptes entscheidend, und war dem Klagbegehren um so minder eine Folge zu geben, als der Kläger einen anderen Forderungstitel gar nicht angibt.“

Der oberste Gerichtshof hat die Zahlungspflicht der Geklagten nur von dem Haupteide abhängig gemacht, daß sie dem Kläger gegenüber die Schuld anerkannte, Zahlung versprach und nur um Zufristung ersuchte. Gründe: Der Wechsel hat das Wechselrecht durch Verjährung verloren und wird vom Kläger auch nur als Schuldschein geltend gemacht. Als solcher ist er blos ein Beweismittel für eine Forderung, deren Rechtsgrund aber in selber bezeichnet sein muß. Im vorliegenden Wechsel fehlt er jedoch, da die Worte: „Werth verstanden“ denselben nicht erkennen lassen. Demnach entbehrt obiger Wechsel auch als Schuldschein jeder Beweiskraft, da er als Schuldschein nicht mehr die Wechselverbindlichkeit, sondern jene darzuthun hätte, welche der Acceptation zu Grunde lag. Es kommt demnach auf die Echtheit der Fertigung der Geklagten nicht an. Hat jedoch dieselbe gegen den Uebernehmer der Forderung, wie er — der

Kläger — behauptet, die Schuld aus dem Wechsel für richtig anerkannt, deren Berichtigung ihm versprochen und nur um Stundung gebeten, so muß sie allerdings in Gemäßheit des §. 1396 a. b. G. B. den Wechsel einlösen, weil sie nicht beweiset, daß ihre Anerkennung auf einem Irrthume beruhe, die eingetretene Verjährung des Wechselrechtes aber ihr bekannt war, und, wenn sie demungeachtet eine Nichtschuld dem Kläger zu bezahlen versprach, sich dieser Zahlung nicht entschlagen kann, da sie selbe, wenn sie bereits geleistet worden wäre, auch nicht zurückfordern dürfte.

Nr. 3149.

Berechtigung zur gerichtlichen Hinterlegung der Schuld.

Entsch. v. 5. Nov. 1868, Nr. 7962 (Abänd. der Urth. des B. G. Aigen v. 11. April 1868, Nr. 450 und des O. L. G. Wien v. 11. Juni 1868, Nr. 9027). G. H. 1869, S. 102.

D cedirte seine Forderung von 60 fl. gegen B dem A; darauf versprach B brieflich dem A die Zahlung; zwischen diesen beiden Ereignissen liegt die gerichtliche Bewilligung des von C (Gläubiger des D) begehrten Verbots auf die Forderung des D gegen B, welch' Letzterem der Verbotsbescheid nach seinem brieflichen Zahlungsversprechen an A zugestellt wurde. Nun belangte der Cessionar A den Cessus B auf die Zahlung der 60 fl., welche dieser wegen des Verbotes dem A verweigert hatte. — Das Gericht erster Instanz erkannte gegen das Begehren, das O. L. G. nach demselben.

Der oberste Gerichtshof verurtheilte den B zum gerichtlichen Erlag der 60 fl. Gründe: Mit der vor dem Zahlungsversprechen des B an A erfolgten Verbotsbewilligung ist ein Umstand eingetreten, welcher den Cessus B von der Barzahlung seiner Schuld zu Handen des Cessionars A befreit, da ihm nunmehr nicht zugemuthet werden kann, zu prüfen, ob A oder C, dem das Verbot bewilligt wurde, das stärkere Recht auf die Forderung habe; und es ist der im §. 1425 a. b. G. B. vorgesehene Fall des gerichtlichen Erlages der Schuld vorhanden, wozu sich B in der Einrede erboten hat.

Nr. 3150.

Behandlung von Servituten bei der executiven Veräußerung der Liegenschaft.

Entsch. v. 5. Nov. 1868, Nr. 9372 (Best. des das Urth. des B. G. Rattenberg v. 15. April 1868, Nr. 771, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 26. Juni 1868, Nr. 1912). G. H. 1869, S. 384. G. Z. 1870, Nr. 63.

In dem Edict der executiven Feilbietung der Liegenschaft des C hieß es Absatz 1, daß die Realität so veräußert wird, wie sie der Execut

besitzt, und im Absatz 4, daß der Käufer Servituten nur insoweit zu übernehmen hat, als sie von dem Executen und den Pfandgläubigern anerkannt werden. Der Pfandgläubiger B erstand das Gut und verweigerte bei der nach dem Hofdecret vom 19. November 1839, J. G. S. Nr. 388 (Executionsordnung für Tirol), §§. 4 und 5, stattgefundenen Tagfahrt die Anerkennung der von A angemeldeten Wegservitut an der Liegenschaft. Dies führte zur confessorischen Klage des A, gegen welche B sich auf die oben erwähnten Absätze des Versteigerungsedictes und auf die actenmäßig festgestellte Priorität der Verfachung seines Pfandrechtes vor jener der Servitut berief. — Dem in erster Instanz abgewiesenen Klagbegehren hat das O. L. G. aus folgenden Gründen stattgegeben: Es handelt sich hier nicht um eine Hypothekarforderung, sondern um eine ordnungsgemäß bestellte Servitut, die nicht, wie andere Lasten der Realität, Gegenstand der Liquidirung und Graduirung im Sinne des citirten Hofdecretes sein kann, sondern auf dem Grundstück so lange haftet, bis sie bücherlich gelöscht ist. Die Richtigkeit dieser Ansicht bestätigt auch das Hofdecret vom 19. Juli 1792, J. G. S. Nr. 33, welches — zwar vom Beklagten B dafür angerufen, daß das Alter des Pfandrechtes entscheide — doch das gerade Gegentheil ausspricht und sagt, daß, so wie von der Classificirung eines Zehentrechtes keine Frage sein kann, auch alle anderen Grunddienstbarkeiten zwar zur Anmeldung bei der Crida aber zu keiner Classification geeignet und, wenn ihr Bestand rechtlich anerkannt worden, nur in den Grundinventarien und Schätzungen anzumerken und die dazu Berechtigten unbeirrt dabei zu erhalten sind. Der Kläger ist nun wirklich nach dieser Vorschrift vorgegangen, indem er die ihm vom Executen, als derselbe noch unbeschränkter Eigenthümer war, an der Liegenschaft eingeräumte Servitut im Partialconcurs anmeldete. Die Einwendungen des Beklagten vermögen nicht, den Bestand und die Wirksamkeit des Servitutsrechtes in Frage zu stellen, und was insbesondere den von ihm angerufenen Absatz 4 des Feilbietungsedictes anbetrifft, so kann derselbe in Verbindung mit Absatz 1 nur den Sinn haben, daß, wenn der Execut und die Pfandgläubiger die Servitut als richtig anerkennen, es keiner separaten Verhandlung noch eines Urtheiles über die Richtigkeit bedürfe.

„Mit Bezugnahme auf die erschöpfenden Gründe des O. L. G. und in der Erwägung, daß es sich im vorliegenden Falle um kein mehreren Personen dienstbares Grundstück handelt und daher der §. 486 a. b. G. B. hier gar keine Anwendung finden kann“, hat der oberste Gerichtshof das Urtheil der zweiten Instanz bestätigt.

Nr. 3151.

Meistgebotsvertheilung: Verweisung einer nicht liquiden Forderung auf einen abgesonderten Proceß.

Entsch. v. 10. Nov. 1868, Nr. 9913 (Best. des das Decr. des B. G. Greifenburg v. 6. Februar 1868, Nr. 1361, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 27. Mai 1868, Nr. 6225). G. Z. 1869, Nr. 1.

Bei der aus Anlaß der Feilbietung einer Realität angeordneten Tagsatzung zur Liquidirung der Forderungen der Hypothekargläubiger und Zuweisung des Meistgebotes an selbe, meldete A auf Grund eines seit dem Jahre 1846 pfandweise einverleibten Schuldscheines und einer supereinverleibten Cession an ihn, eine Forderung von 300 fl. an. Der Schuldner, zugleich Execut, B, bestritt deren Liquidität, weil er dem A 300 fl. zur Besorgung eines anderen Geschäftes gegeben, dieser aber selbe gerade zur Einlösung der nun angemeldeten Forderung für sich selbst verwendet habe, was jedoch A in Abrede stellte, da er aus dem fraglichen Geschäfte selbst vielmehr noch zu fordern habe. — Die erste Instanz wies dem A die 300 fl. aus dem Erlöse der Realität zu, weil nach Angabe des B selbst die 300 fl. nicht als Zahlung des Capitales sammt Zinsen gegeben wurden, sondern den Gegenstand einer besonderen Verrechnung bilden, umsomehr, als A aus dem obigen anderen Geschäfte selbst noch ein Guthaben anspricht. — Die zweite Instanz hat bei dem Umstande, als nach dem Voranstehenden die Liquidität der angemeldeten Forderung immer zweifelhaft erscheint, verordnet, daß die 300 fl. ausgeschieden, einstweilen, bis zur Austragung der Sache auf dem Rechtswege, gerichtlich deponirt werden, und daß der Execut B zur Geltendmachung seiner Ansprüche auf die 300 fl. binnen sechs Wochen nach Rechtskraft der obergerichtlichen Verordnung als Kläger wider A bei sonstigem Verluste seiner vermeintlichen Ansprüche aufzutreten habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz. Gründe: A gründet seine Forderung nur auf einen pfandweise einverleibten Schuldschein und die an ihn ausgestellte Cession; er hat aber weder ein gegen den Schuldner B erwirktes Erkenntniß oder einen mit selbem geschlossenen gerichtlichen Vergleich, wodurch die Richtigkeit seiner Forderung bei dem Widerspruche des Schuldners erwiesen würde, für sich und muß selbe erst im ordentlichen Rechtswege gegen Letzteren darthun, da im Wege der Zuweisung eines Meistgebotes über die noch nicht festgestellte, sondern vom Schuldner bestrittene Liquidität der angemeldeten Forderungen nicht entschieden werden kann.

Nr. 3152.

Aenderung des Klagrechtes. Beweiskraft des Schuldscheines: nachträgliche Beisetzung der Unterschrift der Zeugen in Abwesenheit des Schuldners.

Entsch. v. 10. Nov. 1868, Nr. 10473 (Best. des das Urth. des B. G. Landeck v. 27. Mai 1868, Nr. 1891, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 23. Juli 1868, Nr. 2455). G. Z. 1869, Nr. 7.

A klagte seinen Vater B auf Zahlung eines Darlehens; die Klage war gestützt auf einen von B und zwei Zeugen unterschriebenen Schuldschein. B bestritt den Empfang eines Darlehens und den Umstand, daß er vor den Zeugen den Schuldschein unterfertigt, oder sie um dessen Unterschrift ersucht habe. A gab zu, daß er selbst die Zeugen später um die Beisetzung ihrer Namen angegangen habe, auch nicht alle 300 fl. aus einem Darlehen, sondern aus verschiedenen Geschäften entstanden seien. — Die erste Instanz verurtheilte den B zur Zahlung, weil er die fragliche Urkunde unterfertigt habe und nirgends vorgeschrieben ist, daß der Aussteller einer Privaturkunde selbe, damit sie Giltigkeit habe, in Gegenwart von zwei Zeugen unterschreiben müsse. — Das Obergericht wies den Kläger ab. Gründe: Die erwähnte Urkunde kann zum Beweise eines Darlehens nicht geltend gemacht werden, da sie nicht nach Aufforderung des Schuldners, sondern in dessen Abwesenheit von dem Gläubiger den Zeugen zur Mitfertigung vorgelegt wurde. Es erhellt übrigens aus der Verhandlung, daß in selber nur zum Scheine ein Darlehen als Rechtstitel aufgeführt wurde, und die derselben zu Grunde gelegten Rechtsansprüche des Klägers sind geklagterseits widersprochen, und auch, abgesehen von der unstatthaften Aenderung des Klagrechtes in der Schlußrede, keine stichhältigen Beweise dafür angeboten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Erkenntniß in der Erwägung, daß ein Darlehen eingeklagt und als Beweis dafür ein Schuldbrief, welcher denselben Forderungstitel enthält, beigebracht wurde; daß der Kläger selbst gesteht, der Geklagte habe den Schuldbrief nicht eigenhändig geschrieben und die Zeugen ihre Fertigungen nur auf einseitiges Ansuchen des Klägers beigesetzt; daß der Schuldbrief dem Widerspruche des Geklagten gegenüber nach §. 182 westgal. G. O. einen Beweis herzustellen nicht geeignet ist und der Kläger in der Schlußrede selbst den in der Klage geltend gemachten Titel als nicht bestehend angibt.

Nr. 3153.

Unzulässigkeit der Executionsführung des Cessionars auf Grund eines für den Cedenten ergangenen Urtheils.

Entsch. v. 10. Nov. 1868, Nr. 10742 (Aufheb. der Decr. des B. G. Mariahilf in Wien v. 11. August 1868, Nr. 12567, und des O. L. G. Wien v. 26. August 1868, Nr. 16194). G. H. 1869, S. 127.

Dem rechtskräftigen Urtheile, wodurch B dem C zur Zahlung von 15 fl. condemnirt worden war, indossirte C die Cession der Forderung an A, welcher nun unter Vorlage dieses Documentes die Execution gegen B begehrte. — Das in erster Instanz abgewiesene Gesuch wurde vom O. L. G. bewilligt.

Auf den Recurs des B hat der oberste Gerichtshof „in Erwägung, daß A die in seinem Executionsgesuch gegen B geltend gemachten Rechte, soweit sie ihm persönlich zustehen, aus einer Privaturkunde, nämlich aus der Cession ableitet, auf deren Grund er wohl, nach §. 298 a. G. O., zu einer Executionsklage, allein nicht zur unmittelbaren Executionsführung im Sinne des §. 301 ebendort berechtigt ist", mit Abänderung der untergerichtlichen Verordnungen dem Gerichte erster Instanz die Verbescheidung des Gesuches des A als Executionsklage nach §. 298 a. G. O. und Hofdecr. v. 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, aufgetragen.

Nr. 3154.

Ungiltigkeit der in Abwesenheit des Executionsführers und Executen (und nach Tilgung der Schuld) vorgenommenen Feilbietung.

Entsch. v. 10. Nov. 1868, Nr. 11019 (Best. des Decr. des B. G. Korneuburg v. 12. August 1868, Nr. 6073, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 17. Sept. 1868, Nr. 17897). G. Z. 1869, Nr. 51.

Am 7. August 1868 sollte auf Executionsführung des A wider B eine inzwischen von letzterem auf C übergegangene Satzpost zum zweiten Male feilgeboten werden. Beide unmittelbar Betheiligte blieben aus; da jedoch die Einschaltung des Edictes in der „Wiener Zeitung" zu constatiren war und die verschiedenen Kauflustigen die Vornahme der Feilbietung begehrten, schritt das Gericht hiezu mit dem im Protokolle ausdrücklich bemerkten Vorbehalte, daß die Kauflustigen für die aus der Aufhebung des Actes erwachsenden Kosten haften sollten. Als nun am 8. August ein Löschungsgesuch des Schuldners der Satzpost, gestützt auf eine am 30. Juni 1868 ausgestellte Quittung, einlangte, hob die erste Instanz den Feilbietungsact

auf. — Die zweite Instanz hat, in Erwägung, daß bei der gehörig erfolgten Kundmachung der Feilbietung, bei der Anwesenheit von Kauflustigen und, da von Seite des Executionsführers eine Abstehung rechtzeitig nicht einlangte, diese executive Feilbietung als gesetzmäßig vorgenommen erscheint, und daß ein Gericht im streitigen Verfahren nicht berechtigt ist, die von ihm vorgenommenen Acte selbst aufzuheben, dem Gerichte erster Instanz aufgetragen, die vom Ersteher begehrte executive Einantwortung der Satzpost und zugleich den gerichtlichen Erlag des Meistgebotes zu verfügen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid. Gründe: Da mit Rücksicht auf den Umstand, daß von Seite des Executionsführers oder im Namen desselben zum zweiten Licitationstermine vom 7. August 1868 die mit dem Bescheide vom 24. Juli 1868 vorgeschriebene Vorlage des Ausweises über die Edictskundmachung nicht erfolgt und überhaupt Niemand erschienen war, die Feilbietung auf Andringen der Kauflustigen und mit dem Vorbehalte der Aufhebung derselben, und mit der von den Licitanten abgegebenen Erklärung, im Falle einer solchen Aufhebung für die Kosten zu haften, vorgenommen worden ist, so stand dem Gerichte, da aus der Eingabe vom 8. August 1868 klar wurde, daß in dem berührten Benehmen des Executionsführers wirklich ein selbstverständliches Abstehen von der weiteren Execution lag, auch zu, den unter Zustimmung der Licitanten nur bedingnißweise ertheilten licitatorischen Zuschlag für unwirksam zu erklären, und es stellt sich demnach der angefochtene erstrichterliche Bescheid als gerechtfertigt dar.

Nr. 3155.

Abgrenzung des streitigen Verfahrens vom nicht streitigen: Einsprache des Verkäufers gegen Superpränotationen zu Lasten des Käufers.

Entsch. v. 10. Nov. 1868, Nr. 11037 (Best. des Decr. des L. G. Wien v. 19. Juni 1868, Nr. 32871, und des O. L. G. Wien v. 5. August 1868, Nr. 14643). G. Z. 1869, Nr. 6.

Die B hatte ein Haus erstanden und zwar die Pränotation ihres Eigenthumsrechtes nicht aber die Einantwortung erwirkt. Sie schloß mit den Eheleuten A Punktationen ab, vermöge deren sie diesen das Haus weiter verkaufte, ihnen gestattete, ihr Kaufrecht pränotiren zu lassen, und sich verpflichtete, ihnen nach erlangter Einantwortung die Intabulation gegen gleichzeitige pfandrechtliche Sicherstellung des Kaufpreises zu gewähren. Am 22. Mai 1868 baten die Eheleute A unter Vorlage aller Urkunden um die Einverleibung sowohl ihres

Eigenthumsrechtes als auch des Pfandrechtes der B. Inzwischen hatte aber ein Gläubiger der Impetranten auf der Pränotation ihres Kaufrechtes die Einverleibung des Pfandrechtes für seine Forderung per 5000 fl. erwirkt und B recurrirte gegen die Bewilligung des Gesuches der A, weil sie nunmehr mit ihrer Kaufpreisforderung in die zweite Priorität gerathe.

Beide höheren Instanzen wiesen den Recurs ab, weil die Angelegenheit nur im ordentlichen Rechtswege ausgetragen werden könne.

Nr. 3156.

Vereinbarung auf schriftliches Verfahren „mit Vorbehalt der Rechtswohlthaten des summarischen Verfahrens“: Unzulässigkeit der a. o. Revision.

Entsch. v. 10. Nov. 1868, Nr. 11094 (Best. des Decr. des O. L. G. Prag v. 21. Sept. 1868, Nr. 29594). G. H. 1868, S. 424.

In dem nach den Vorschriften des summarischen Verfahrens eingeleiteten Proceß des A gegen B pto. Zahlung von 10 fl. trafen die Parteien das Uebereinkommen, daß das schriftliche Verfahren „mit Vorbehalt der Rechtswohlthaten des Summarverfahrens“ stattfinden soll. B wurde in erster und zweiter Instanz sachfällig und ergriff die a. o. Revisionsbeschwerde, welche vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen als unzulässig abgewiesen wurde. Zu den Rechtswohlthaten des summarischen Verfahrens, welches von den Parteien nach jeder Richtung mit der alleinigen Abweichung, daß sie Satzschriften wechselten, beobachtet wurde, gehört auch die Norm des §. 51 des Gesetzes über den summarischen Civilproceß, welche das überhaupt nur bei offenbarer Acten- und Gesetzwidrigkeit gestattete Rechtsmittel der a. o. Revisionsbeschwerde ganz ausschließt, um den Parteien jede Verzögerung des Austrages der summarisch verhandelten Streitsache unmöglich zu machen; und es ist nicht anzunehmen, daß die Parteien, indem sie das obenerwähnte Uebereinkommen trafen, nicht auch diese Rechtswohlthat des summarischen Verfahrens sich vorbehalten wollten.

Nr. 3157.

Vollstreckung des auf Rechnungsablage lautenden Urtheils wider die Erben.

Entsch. v. 11. Nov. 1868, Nr. 11078 (Best. der Decr. des H. G. Wien v. 19. Juni 1868, Nr. 55806, und des O. L. G. Wien v. 9. Sept. 1868, Nr. 17207). G. H. 1869, S. 41.

M und N waren dem A rechtskräftig zur Ablage der Rechnung und Bilanz über den mit Betheiligung des A betriebenen Holzhandel

verurtheilt worden und sind darauf gestorben. Auf das Executionsgesuch des A hat nun das Gericht erster Instanz den Erben von M und N, beziehungsweise nach dem ebenfalls schon eingetretenen Tode des Erben des N seinem Erben die Ablage der Rechnung bei sonstiger Geldstrafe aufgetragen und wurde dieser Erlaß in zweiter Instanz mit Erweiterung der Frist und Herabsetzung des Betrages der angedrohten Strafe bestätigt. Dagegen ergriffen die Executen den a. o. Recurs, worin sie behaupteten, daß hier nicht die Executionsart des §. 310 a. G. O., sondern jene des §. 309 ebendort Anwendung finde, weil die Rechnung auch von einem Dritten gelegt werden könne; wenn die Rechnung nur von den ursprünglichen Gesellschaftern M und N verfaßt werden könnte, so sei der Auftrag an deren Erben unzulässig, im anderen Falle aber könne die Rechnung so gut wie von einem Dritten verfaßt werden.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil die zu legende Rechnung offenbar nur mittelst jener Behelfe, die blos den zur Rechnungsablage verurtheilten Geschäftstheilnehmern oder ihren Erben und Rechtsnachfolgern zu Gebote stehen, verfaßt werden kann, folglich keineswegs ebensogut von einem Dritten zu Stande zu bringen ist, in dem vorliegenden Falle also die Execution ganz ordnungsgemäß nach §. 310 a. G. O. bewilligt wurde.

Nr. 3158.

Fideicommissarische Substitution: Unzulässigkeit der Executionsführung auf die dem instituirten Erben zustehenden Rechte.

Entsch. v. 11. Nov. 1868, Nr. 11236 (Best. des Decr. des L. G. Wien v. 17. Juli 1868, Nr. 16392, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 9. Sept. 1868, Nr. 17439). G. Z. 1869, Nr. 28.

A bat um executive Schätzung der dem B gehörigen Hälfte eines Hauses, und als geltend gemacht wurde, daß auf dem Hause eine fideicommissarische Substitution zu Gunsten des Nachbars B hafte, modificirte er sein Executionsbegehren dahin, „es sei die executive Schätzung der dem Gegner auf die fragliche Haushälfte zustehenden Rechte mit Rücksicht auf die Substitution zu bewilligen und seien hiezu Rechtsverständige beizuziehen.“

Die erste und dritte Instanz wiesen dieses Gesuch ab, letztere in Erwägung, daß nach §. 613 a. b. G. B. das durch eine fideicommissarische Substitution eingeschränkte Eigenthumsrecht des eingesetzten Erben ihm mit Ausschluß jeder Verfügung über die Substanz nur die Rechte eines Fruchtnießers gibt, daß durch §. 507 a. b. G. B. die Uebertragung des Rechtes eines Fruchtnießers auf einen

Anderen ausgeschlossen ist, und daß daher einem auf die Rechte eines Fruchtnießers eingeschränkten Eigenthume gegenüber weder die executive Schätzung des Gegenstandes der Fruchtnießung noch jene des Fruchtgenusses als ein zulässiges Executionsmittel sich darstellt.

Nr. 3159.

Verurtheilung zur Herausgabe einer angeblich werthlosen und in Verlust gerathenen Urkunde.

Entsch. v. 12. Nov. 1868, Nr. 8788 (Best. des das Urth. des B. G. Neubau in Wien v. 28. Mai 1868, Nr. 7956, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 2. Juli 1868, Nr. 12044). G. H. 1869, S. 208.

Die Klage des A wider B wegen Zurückstellung einer Cessionsurkunde per 100 fl., welche der Kläger dem Beklagten zur Eincassirung der darin von C dem Kläger cedirten Forderung an D übergeben hatte, wurde in erster Instanz unbedingt, von dem O. L. G. aber nur für den Fall abgewiesen, als der Beklagte durch den von ihm deferirten Haupteid die seinerseits eingewendete, vom Kläger abgeleugnete Thatsache der bereits geschehenen Zurückstellung des Documentes beweisen würde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit folgenden Bemerkungen in den Motiven: Bei der Entscheidung dieses Processes kommt es nicht darauf an, ob die Cessionsurkunde mit allen für ihre Beweiskraft nöthigen Förmlichkeiten versehen war, ob und welchen Werth sie für den Kläger habe (welcher im Processe deren Werthlosigkeit behauptet hatte, weil sie vom Cedenten C nur mit Kreuzzeichen ohne Zeugen unterfertigt gewesen sei); genug an dem, daß die Urkunde dem Beklagten, wie er selbst gestand, übergeben und von ihm zur Verwahrung übernommen wurde. Der von ihm im Revisionszuge angeführte Beschwerdegrund, daß er nach so vielen Jahren außer Stande sei, die ihm abhanden gekommene Urkunde herbeizuschaffen, mithin vom O. L. G. (für den Fall des nicht erbrachten Beweises durch den Haupteid) ihm eine unmögliche Leistung aufgetragen wurde, kann, abgesehen davon, daß er diesen Umstand in der Verhandlung selbst nicht vorgebracht hat, auch deshalb nicht in Betracht kommen, weil die Erörterung der Frage: ob die Zurückstellung der Urkunde möglich oder nicht, ohnehin Gegenstand der eventuellen Executionsführung sein wird.

Nr. 3160.

Ungiltigkeit eines mündlichen Testamentes wegen Mangels der übereinstimmenden Aussagen der drei Zeugen.

Entsch. v. 12. Nov. 1868, Nr. 9676 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. der Alt- und Neustadt Prag v. 16. März 1867, Nr. 55975 und des O. L. G. Prag v. 14. Jänner 1868, Nr. 35997). G. H. 1869, S. 2.

Die Klage des A gegen B pto. Giltigkeit des Nuncupativ-testamentes des M wurde von allen drei Instanzen abgewiesen. Gründe der dritten Instanz: Der Beklagte leugnete, daß M überhaupt und insbesondere, daß er in gleichzeitiger Gegenwart von drei Zeugen testirt habe. Diese Negation erscheint insofern bestätigt, als von den drei Zeugen, C, D und E, vor denen M nach der Anführung der Klägerin seinen letzten Willen mündlich erklärt haben soll, und welche sämmtlich bereits im Sinne des §. 586 a. b. G. B. bei Gericht eidlich vernommen worden sind, der Zeuge E laut Protokoll Einredebeilage Nr. 1 mit Berufung auf seinen Eid angab, zu M als Testamentszeuge gerufen worden und dort mit den Zeugen C und D gleichzeitig gegenwärtig gewesen zu sein, wo sodann C und D und die Klägerin mit M darüber gesprochen hätten, was Einer und der Andere von dessen Angehörigen erhalten soll, daß aber er selbst auf dieses Gerede nicht geachtet, nichts davon im Gedächtnisse behalten habe und nichts davon wisse, daß M in der That mündlich testirt habe und welchen Inhaltes dessen Verfügung gewesen sei. Durch dieses Protokoll und das damit übereinstimmende Geständniß der Klägerin selbst ist jedenfalls vollständig bewiesen, daß alle drei Zeugen, in deren Gegenwart M mündlich testirt haben soll, darüber nach §. 586 a. b. G. B. bereits gerichtlich und eidlich vernommen worden sind, daß aber der Zeuge E die Errichtung des Testamentes überhaupt und insbesondere dessen angeblichen Inhalt nicht zu bestätigen vermochte; daß demnach die Klägerin, es mögen die beiden anderen Zeugen wie immer ausgesagt haben oder nach dem von ihr über die Weisartikel Klagbeilage lit. A angebotenen Beweis auszusagen im Stande sein, dem im §. 586 a. b. G. B. normirten Erfordernisse der Rechts-kräftigkeit eines mündlichen letzten Willens, bestehend in der durch die übereinstimmende Aussage aller drei Zeugen erfolgenden Bestätigung des letzten Willens, zu entsprechen nicht vermag, indem die im citirten Paragraphe für den einzigen Fall: wenn einer der Zeugen nicht mehr vernommen werden könnte, gestattete Ausnahme, wonach zu diesem Rechtskräftigkeitsbeweise die Aussage der beiden übrigen Zeugen genügt, hier gar nicht mehr eintreten kann, weil eben alle drei Zeugen wirklich eidlich vernommen worden sind. Die Abweisung des auf Anerkennung der Rechtskräftigkeit der von M angeblich am...... in gleichzeitiger Gegenwart der drei Zeugen C, D und E mündlich errichteten letztwilligen Anordnung und auf Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge gestellten Klagbegehrens ist daher in der Sache und im Gesetze begründet.

Nr. 3161.

Actio negatoria: Erwerb im Vertrauen auf das öffentliche Buch?

Entsch. v. 12. Nov. 1868, Nr. 10833 (Best. des Urth. des B. G. Oświecim v. 15. Dec. 1867, Nr. 2178, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau v. 7. Mai 1868, Nr. 6303). G. H. 1869, S. 66.

Gegen die negatorische Klage des A, intabulirter Eigenthümer des grundbücherlich nicht belasteten Gutes X, wider B wegen angemaßten Gebrauches von mehreren dazu gehörigen Ackergrundstücken und auf Herausgabe derselben producirte der Beklagte den Vertrag, mit welchem er dem D, Auctor des klägerischen Vormannes C, das Gut X verkauft und dabei den lebenslänglichen Nutzgenuß von den fraglichen Aeckern sich vorbehalten hatte und erbot sich, durch Zeugen zu beweisen, daß D beim Verkaufe des Gutes an C diesem und ebenso C, als er es dem Kläger verkaufte, dem Letzteren vom Bestande der Servitut Mittheilung gemacht hat. — Auf diesen Beweis erkannte das Gericht erster Instanz, wogegen das O. L. G. dem Klagbegehren sofort stattgab, weil der im producirten Vertrage vorbehaltene Nießbrauch grundbücherlich nicht ausgezeichnet ist, daher nur gegen den Contrahenten, nicht gegen den Kläger geltend gemacht werden kann und somit der angebotene Beweis, daß letzterer davon Kenntniß hatte, irrelevant ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Die streitige Dienstbarkeit, zwar nicht intabulirt, war nach der Anführung des B so geartet, daß sie für Jedermann, insbesondere aber für die nächsten Angehörigen des Käufers D, nämlich C und A, auf welche das Gut nachher überging, seit einer Reihe von Jahren erkennbar gewesen ist. Von dem durch den Beklagten angebotenen Zeugenbeweis darf daher nicht Umgang genommen werden, weil daraus erhellen wird, ob die Angabe des Klägers, das Gut im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erworben zu haben, auf Wahrheit beruhe und er sohin im guten Glauben gewesen sei.

Nr. 3162.

Donatio mortis causa: Verhältniß der Realinstanz zur Abhandlungsbehörde.

Entsch. v. 17. Nov. 1868, Nr. 11227 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des K. G. Olmütz v. 3. Juli 1868, Nr. 4046 und des O. L. G. Brünn v. 15. Sept. 1868, Nr. 10434). G. Z. 1868, Nr. 103.

A hatte seinem Sohne M 4000 fl. auf den Todesfall geschenkt und auf Grund der Schenkung wurde für dieselbe das Pfandrecht

auf die Realität des A einverleibt. Nach dem Tode des M hat die Abhandlungsbehörde auf Anlangen des A bewilligt, daß die auf dessen Realität pfandweise versicherten 4000 fl. grundbücherlich gelöscht werden, und ersuchte die Realinstanz um deren Vornahme, welche jedoch von derselben abgelehnt wurde, weil sie die Schenkungsurkunde nicht als Vermächtniß, sondern als einen Vertrag ansah, die Löschung der intabulirten Forderung daher, nachdem es sich um ein Vertragsrecht handelt, welches gemäß §. 918 a. b. G. B. auf die Erben übergeht, nur auf Grund einer Erklärung des Berechtigten oder der Rechtsnachfolger desselben, oder aber auf Grund eines gerichtlichen Erkenntnisses erfolgen kann. — Das O. L. G. bestätigte diese Entscheidung aus folgenden Gründen: Wenn auch der Tabularrichter nicht berufen ist, die Rechtmäßigkeit einer Amtshandlung des Erkenntnißrichters zu beurtheilen, so ist es doch seine Pflicht, zu prüfen, ob jene Urkunde, auf deren Grunde eine Grundbuchshandlung vorgenommen werden soll, auch wirklich geeignet sei, die Erwerbung oder Erlöschung des Rechtes, welches die Grundbuchshandlung zur Folge haben soll, zu bewirken. Da nun über die Erlöschung des dem M aus der Schenkungsurkunde erwachsenen und grundbücherlich sichergestellten Rechtes keine andere Urkunde vorliegt, als der Rathschlag des Abhandlungsgerichtes, in welchem ausgesprochen ist, daß sich die Schenkung als eine Schenkung auf den Todesfall des Geschenkgebers herausstellt, und somit durch das frühere erfolgte Ableben des Geschenknehmers nach §. 956 a. b. G. B. wirkungslos geworden sei; da weiter die Beurtheilung und Entscheidung, welche Rechtswirkung ein vom Erblasser geschlossener Schenkungsvertrag habe, nicht dem Abhandlungsrichter zusteht, und der letztere noch weniger competent ist, die grundbücherliche Löschung eines Vertragsrechtes zu bewilligen, indem die Bewilligung einer bücherlichen Eintragung demselben nur in dem einzigen im §. 177 des Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, vorgesehenen, hier nicht eintretenden Falle zusteht; da endlich auf Grund einer von einem incompetenten Richter erlassenen Erledigung eine grundbücherliche Amtshandlung nicht vorgenommen werden kann, und der Tabularrichter nicht berechtigt ist, eine von einem offenbar unzuständigen Richter angesuchte bücherliche Eintragung zu vollziehen, mußte der erstgerichtliche Bescheid bestätigt werden.

Der oberste Gerichtshof verordnete jedoch den Vollzug der Löschung, weil, nachdem die hiezu competente Abhandlungsbehörde ausgesprochen hat, daß gegen die Löschung der erwähnten Forderung kein Anstand obwaltet, die Realbehörde auf Grund dieser Erklärung auch die Löschung zu vollziehen hatte, ohne sich in eine Beurtheilung darüber einzulassen, ob die von der Abhandlungsbehörde gefällte Entscheidung richtig war oder nicht.

Nr. 3163.

Ungiltigerklärung der executiven Feilbietung wegen vorausgegangener Tilgung der Schuld und wegen Vornahme durch einen Kanzleibeamten.

Entsch. v. 17. Nov. 1868, Nr. 11280 (Best. des das Decr. des B. G. Seelowitz v. 20. Juli 1868, Nr. 5590, aufheb. Decr. des O. L. G. Brünn v. 10. Sept. 1868, Nr. 10289). G. Z. 1868, Nr. 103.

Einen Tag vor dem dritten Termine der executiven Feilbietung der Realität des A bezahlte dieser in der Kanzlei des zufällig abwesenden Vertreters des Executionsführers seine Schuld an den Kanzleidirector desselben, welcher ihm nicht nur eine Quittung und Erklärung, daß es von der auf den folgenden Tag anberaumten Feilbietung abzukommen habe, ausstellte, sondern auch die Schulddocumente und die Originalvollmacht des Executionsführers auf seinen Vertreter behändigte. Mit diesen Urkunden versehen, begab am Licitationstage A sich zum Gerichte und bat daselbst den mit der Vornahme der Feilbietung betrauten Kanzlisten um Ablassung von derselben. Der Feilbietungscommissär ließ diese Bitte unberücksichtigt und vollzog die Feilbietung, bei welcher B die Realität erstand. Dagegen brachte A die Nullitätsbeschwerde ein, und zwar auch deshalb, weil die Feilbietung nur von einem Kanzlisten, nicht von einem geprüften Richter und einem Schreiber (§. 331 a. G. O.) abgehalten wurde.

Das O. L. G. und auf den Recurs des B auch der oberste Gerichtshof haben die Feilbietung aufgehoben. Gründe der dritten Instanz: Nach §. 331 a. G. O. soll die öffentliche Versteigerung eines unbeweglichen Gutes in Gegenwart einer Gerichtsperson und eines Schreibers vorgenommen werden, was auch auf dem Lande entweder vom Bezirksrichter oder dessen zur Ausübung des Richteramtes befähigten Stellvertreter mit Zuziehung eines beeideten Schriftführers zu geschehen hat, wie aus der Vergleichung der §§. 188 und 247 des Patentes vom 3. Mai 1853, R. G. Bl. Nr. 81, unzweifelhaft hervorgeht. Es mußte demnach die Feilbietung annullirt werden, und zwar umsomehr, als dieselbe, wie aus der Rückstellung des Schuldscheines an den Executen und aus der Einhändigung der Originalvollmacht des Exequenten an denselben mit Bestimmtheit hervorging, gegen den Willen des Exequenten und zu einer Zeit vorgenommen wurde, in welcher die exequirte Forderung wirklich bereits bezahlt war.

Nr. 3164.

Execution zur Sicherstellung: Unzulässigkeit der Verbindung von Pfändung und Sequestration.

Entsch. v. 17. Nov. 1868, Nr. 11285 (Best. des das Decr. des H. G. Prag v. 28. Juli 1868, Nr. 38777, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 25. August 1868, Nr. 25928). G. H. 1868, S. 423.

Das in erster Instanz bewilligte Gesuch des A gegen seinen Wechselschuldner B um sicherstellungsweise Execution durch Einverleibung des Pfandrechtes an der Liegenschaft des B und durch Sequestration derselben wurde vom O. L. G. in Betreff der Sequestration abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz. Gründe: Aus dem Zwecke der sicherstellungsweisen Execution ergibt sich der Grundsatz, daß — sobald der Gläubiger die verlangte Sicherstellung durch ein ihm bewilligtes Executionsmittel gefunden haben kann — er ein weiteres zu begehren nur dann berechtigt ist, wenn er nachweist, daß das ihm bewilligte Executionsmittel zur Sicherstellung seiner Forderung nicht hinreicht, indem sonst die Anwendung der sicherstellungsweisen Executionsmittel zur Vexation und ungerechtfertigten Beschränkung des Schuldners in der freien Verfügung mit seinem Vermögen mißbraucht werden könnte. Dieser Grundsatz hat auch in den §§. 3 und 5 der Justizministerialverordnung vom 18. Juli 1859, Nr. 132, und in den §§. 4 und 6 der Justizministerialverordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, seinen klaren Ausdruck gefunden, da in den erstcitirten drei Gesetzstellen bei Aufzählung der Acten der sicherstellungsweisen Execution in erster Linie immer nur von Pfändung und Schätzung oder, nicht und Sequestration die Rede ist und insbesondere der zuletzt bezogene Paragraph in dem Falle, wenn die Execution in größerem Umfange, als zur Sicherstellung der Forderung und Nebengebühren nöthig, bewilligt oder vorgenommen wurde, den Schuldner berechtigt, die Beschränkung derselben zu verlangen.

Nr. 3165.

Nichtberücksichtigung der von einem geistlichen Gerichte in Ehesachen von der Wiederherstellung der staatlichen Ehegerichte ausgesprochenen Delegation.

Entsch. v. 17. Nov. 1868, Nr. 11319 (Best. des das Decr. des L. G. Brünn v. 22. Sept. 1868, Nr. 7404, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 6. Oct. 1868, Nr. 12186). G. Z. 1869, Nr. 8. Gerichtsbote 1869, Nr. 1.

Gründe der dritten Instanz: Nach Art. III des Gesetzes vom 25. Mai 1868, R. G. Bl. Nr. 47, ist die Gerichtsbarkeit in

Ehesachen der Katholiken, sowie der übrigen christlichen und nichtchristlichen Confessionen nunmehr ausschließlich durch diejenigen weltlichen Gerichte auszuüben, die vor dem 1. Jänner 1857, mit welchem die geistlichen Ehegerichte in Wirksamkeit traten, nach den Jurisdictionsnormen vom 22. December 1851 und 20. November 1852 hiezu berufen waren. Gemäß §. 14 ad a der für Mähren geltenden J. N. vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 251, waren die nicht einverständlichen Scheidungen von Tisch und Bett der Entscheidung der Gerichtshöfe erster Instanz vorbehalten, in deren Sprengel der Geklagte zur Zeit der Anbringung der Klage seinen ordentlichen Wohnsitz hatte. In dem von der A wider ihren Gatten B anhängig gemachten Ehescheidungsprocesse aber hatte der Geklagte zur Zeit der wider ihn am 13. Mai 1862 angebrachten Klage in Brünn seinen ordentlichen Wohnsitz und eben darum hätte diese Klage, wenn zu jener Zeit nicht schon die geistlichen Ehegerichte activirt gewesen wären, bei dem L. G. in Brünn angebracht, in Verhandlung genommen und in erster Instanz über selbe entschieden werden müssen. Hieraus folgt, daß nach Art IV, §. 4 des Gesetzes vom 25. Mai 1868, Nr. 47, dann nach den §§. 24 und 25 der Ministerialverordnung v. 1. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 80, eben nur das Brünner L. G. berufen erscheint, die über diese Ehescheidungsangelegenheit bis nun bei den competent gewesenen geistlichen Ehegerichten anhängige, noch immer in erster Instanz schwebende Verhandlung fortzuführen und zu diesem Ende wegen Uebernahme der nöthigen Verhandlungsacten sich an das betreffende Ordinariat zu wenden, zumal auf diese klaren gesetzlichen Jurisdictionsbestimmungen weder der Umstand, daß der Geklagte B im Zuge dieses bereits anhängigen Ehescheidungsprocesses seinen ordentlichen Wohnsitz geändert, nämlich nach Wien verlegt hat, noch die vom erzbischöflichen Metropolitangerichte zu Olmütz als bestandenem geistlichen Ehegerichte zweiter Instanz unterm 7. Mai 1868 verfügte Delegation des Diöcesangerichtes zu Olmütz anstatt jenes zu Brünn als geistliches Ehegericht erster Instanz zur weiteren Verhandlung in dieser Ehescheidungssache irgend einen beirrenden oder modificirenden Einfluß üben kann.

Nr. 3166.

Execution zur Sicherstellung: Unzulässigkeit sofortiger Zurückweisung eines neuerlichen ohne Nachweis ungenügender Deckung eingebrachten Executionsgesuches.

Entsch. v. 17. Nov. 1868, Nr. 11380 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 7. August 1868, Nr. 43714, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 16. Sept. 1868, Nr. 17623). G. H. 1869, S. 59.

Nachdem im Executionsprocesse des A gegen B in Folge der vom Beklagten begehrten Erstreckung der Tagfahrt dem Kläger zur

Sicherstellung die Pfändung und Schätzung der Mobilien bewilligt und vollzogen worden war, begehrte A, wegen nicht hinreichender Sicherstellung durch den Werth der Mobilien, weiters die Pfändung einer Forderung des Beklagten bei C, welche vom Gericht erster Instanz wegen des erst zu erbringenden Beweises der ungenügenden Deckung des A verweigert wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den abändernden Bescheid des O. L. G., welcher der ersten Instanz die Erledigung der Bitte des A mit Abstandnahme von dem erwähnten Abweisungsgrund auftrug, weil A die sicherstellungsweise Pfändung der Forderung des B auch gleichzeitig mit seinem früheren — bewilligten — Begehren um sicherstellungsweise Pfändung und Schätzung des Mobiliarvermögens anzusuchen berechtigt gewesen wäre; weil in seinem Gesuch um Pfändung der Forderung dieselbe auch nur als ein wegen nicht erreichter Deckung (durch die Mobilienexecution) zur Sicherstellung einzubeziehendes Vermögensobject namhaft gemacht wurde, daher die Bewilligung dieser Pfändung auch nicht als vom Ergebniß der Mobilienpfändung abhängig angesehen werden konnte, und weil übrigens dem B nach §. 6 der Just.-Minist.-Verordn. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, ohnehin vorbehalten bleibt, die Beschränkung der Execution zu begehren, wenn er nachweisen kann, daß dieselbe im größeren Umfang als nöthig zur vollständigen Sicherstellung der eingeklagten Forderung nebst Zinsen bewilligt und vorgenommen worden ist.

Nr. 3167.

Zahlung der Schuld eines Dritten. Vertretungsleistung durch den befriedigten Gläubiger.

Entsch. v. 18. Nov. 1868, Nr. 8872 (Best. des das Urth. des L. G. Salzburg v. 6. Mai 1868, Nr. 1372, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 23. Juli 1868, Nr. 9862). G. H. 1869, S. 2.

Dem C, welcher dem A Hölzer zur Ablieferung an B übergeben hatte, verweigerte B die Zahlung des festgesetzten Preises von 587 fl., weil C sich nicht mit dem Empfangschein des B ausweisen konnte. Darauf belangte C den A, welcher den Empfangschein des B haben sollte, auf die Zahlung; A versprach ihm in dem zu Stande gekommenen Vergleich die Zahlung, wenn er innerhalb einer bestimmten Frist den Empfangschein nicht beibringen würde, und leistete dieselbe nach verstrichener Frist dem C, der sodann bei Gericht dem A die zu Protokoll gebrachte Erklärung abgab, daß er die 587 fl. von ihm und nicht von B erhalten und daß nunmehr A diese Summe von B zu fordern habe. Auf diesen Sachverhalt gründete sich die

Klage, womit nun A von B die Zahlung der 587 fl. begehrte. Der Beklagte B leugnete den Empfang resp. die an ihn erfolgte Ablieferung der Hölzer, die Entstehung der Forderung des C und deren Uebergang an den Kläger. Nachdem C zur Replik sich dem Kläger als Vertretungsleister beigesellt hatte, bestritt B in der Duplik dessen Eintritt als eine unzulässige Neuerung und aus dem Grunde, weil C dem Kläger nicht regreßpflichtig ist; auch rügte er die Verspätung des Eintrittes. — In erster Instanz wurde der Kläger abgewiesen, weil er die 587 fl. dem C als Ersatz dafür gezahlt habe, daß er ihm zur Begründung des Zahlungsanspruches gegen B den erforderlichen Behelf (Empfangschein) nicht verschaffen konnte, mithin sein aus dem Titel der Intercession nach §§. 1358 und 1423 a. b. G. B. gestelltes Begehren nicht begründet sei. — Das O. L. G. erkannte auf den Zeugenbeweis, den Kläger über die Ablieferung der Hölzer an den Beklagten angeboten hat.

In Erwägung, daß über die Berechtigung des Klägers, von B die 587 fl. zu fordern, nach dem von Ersterem beigebrachten Gerichtsprotokoll (worin C die von A ihm geleistete Zahlung bestätigte und erklärte, daß nun dieser die 587 fl. von B zu fordern habe) und vermöge des Eintrittes des C im Proceß als Vertretungsleister des Klägers kein Zweifel obwalten kann; daß der §. 49 westg. G. O. nur die Zeit der Streitverkündung zwischen dem Vertretungswerber und dem Vertretungsleister regelt, keineswegs aber den freiwilligen späteren Eintritt des Letzteren ausschließt, dessen Zulässigkeit in dem Hofdecret vom 8. Februar 1809, J. G. S. Nr. 882, klar ausgesprochen ist; daß ebensowenig die Zulässigkeit der Vertretungsleistung Desjenigen, von welchem nach den §§. 1358 und 1423 a. b. G. B. die Abtretung seiner Ansprüche und Behelfe gefordert werden durfte, im Sinne des citirten §. 49 westg. G. O. bestritten werden kann; daß der Beitritt des C als Vertretungsleister des Klägers um so minder eine unzulässige Neuerung begründete, als damit keineswegs die Behauptung einer neuen Thatsache in den Proceß eingeführt wurde, da der Kläger in der Klagschrift geltend gemacht hat, daß C mit der Einklagung der 587 fl. einverstanden ist, — hat der oberste Gerichtshof das Beiurtheil der zweiten Instanz bestätigt.

Nr. 3168.

Wirksamkeit des von einem Militärstrafgerichte gegen einen Minderjährigen gefällten Erkenntnisses über die privatrechtlichen Ansprüche.

Entsch. v. 19. Nov. 1868, Nr. 9195 (Best. des Urth. des L. G. Wien vom 10. Dec. 1867, Nr. 60958, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 28. Mai 1868, Nr. 7254). G. Z. 1869, Nr. 29.

Der minderjährige B ward kriegsrechtlich des Militärverbrechens der Verwirkung der Achtung Anderer schuldig befunden und verurtheilt,

dem A 770 fl. für Kost, Wohnung und gegebenes Darlehen zu ersetzen. A erwirkte die Pränotation dieses Urtheils und klagte auf Gerechtfertigt-Erklärung.

Die zweite Instanz wies das Begehren zurück, die beiden anderen Instanzen gaben ihm statt. — Gründe der zweiten Instanz: Die vorliegende Klage ist gegen den Vormund des minderjährigen B gerichtet und strebt offenbar die Zahlung des ausgesprochenen Betrages aus dem der vormundschaftlichen Obsorge unterliegenden Pupillarvermögen des Mündels des Geklagten an, was schon daraus hervorgeht, daß die Gerechtfertigthaltung der Pfandrechtspränotation zugleich begehrt wurde. Zur Begründung des Klagbegehrens beruft sich Kläger lediglich auf den Auszug aus dem kriegsrechtlichen Urtheile, aus welchem nichts weiter zu entnehmen ist, als daß der 22jährige Unterlieutenant B für verpflichtet erkannt wurde, dem Kläger 770 fl. zu ersetzen; dasselbe gibt den Titel, worauf diese Ersatzpflicht sich gründet, nicht an. Der Titel liegt aber, wie Kläger replicando zugesteht, nicht etwa in einer strafbaren Handlung, sondern in einer dem Mündel des Geklagten angeblich gewährten Wohnung, Kost und gegebenen Darlehen. Da nach §. 244 a. b. G. B. ein Minderjähriger nicht berechtigt ist, ohne Genehmhaltung der Vormundschaft eine Verpflichtung auf sich zu nehmen; da weiter nach §. 243 ebendort der Minderjährige weder als Kläger noch als Geklagter vor Gericht erscheinen darf, und im Falle seines Erscheinens seine diesfälligen Aeußerungen in Bezug auf sein Vermögen wirkungslos sind; da weder aus dem Urtheilsauszuge hervorgeht noch vom Kläger behauptet wurde, daß der Minderjährige bei jener Verhandlung, welche dem kriegsrechtlichen Erkenntnisse vorangegangen ist, durch seinen Vormund vertreten wurde, demnach die allfälligen Erklärungen dieses Mündels in Absicht auf sein Pupillarvermögen bei diesem rein civilrechtlichen Anspruche des Klägers wirkungslos sind; da endlich dieses Urtheil nicht gegen den Vormund als Vertreter des Minderjährigen gerichtet ist, auch nicht behauptet ward, daß dasselbe ihm zugestellt wurde: so geht es nicht an, durch das kriegsrechtliche Urtheil den Anspruch des Klägers auf Ersatz des Betrages per 770 fl. in der Art für erwiesen zu halten, daß die Vormundschaft die Zahlung aus dessen Pupillarvermögen zu leisten hätte, sondern es lag dem Kläger ob, in anderem Wege seinen Anspruch wider den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen zu erweisen, was derselbe aber nicht gethan hat. Gegen den Minderjährigen mag das Urtheil verpflichtend sein, soweit er sich als Minderjähriger nach §. 246 a. b. G. B. selbst verpflichten konnte; aber sein Pupillarvermögen ist seiner Disposition entrückt, und es kann der gesetzliche Schutz des Waisenvermögens dadurch nicht vereitelt werden, daß der Minderjährige durch Erklärung vor Gericht sich ohne Zustimmung der Vormundschaft seines Vermögens entäußert.

Gründe der dritten Instanz: Der Verpflichtung, in der Klage die Thatsache, aus welcher er seinen Anspruch ableitet, auszuführen, und im Widersprechungsfalle auch zu beweisen, ist Kläger schon durch Anführung und Beibringung des kriegsrechtlichen Urtheils nachgekommen, wodurch ihm vom Militärstrafgerichte ein Ersatzanspruch per 770 fl. wider den minderjährigen B zuerkannt wurde. Es ist nicht Sache des Civilrichters, die Rechtmäßigkeit dieses Erkenntnisses, dessen von competenter höherer Instanz erfolgte Abänderung oder Aufhebung in diesem Processe gar nicht behauptet und noch viel weniger bewiesen wurde, zu prüfen, und bei dem Bestande desselben muß angenommen werden, daß der Ersatzanspruch des Klägers wider den Minderjährigen vor dem Strafgerichte gehörig erwiesen wurde und daß dieses über die Privatansprüche des Klägers zu erkennen berufen war. Auf die §§. 243 und 244 a. b. G. B. kann sich der geklagte Vormund nicht berufen, weil sich die Unfähigkeit eines Minderjährigen, vor Gericht als Geklagter zu erscheinen, nicht auf Straffälle erstreckt, und weil das vorliegende Klagbegehren auch nicht auf ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des Vormundes gemachtes Zahlungsversprechen, sondern auf seine gerichtliche Verurtheilung zur Ersatzleistung gestützt erscheint, welche Verurtheilung nur auf dem Zusammenhange der Ersatzpflicht mit einer strafbaren Handlung beruhen kann. Daß der Minderjährige die Schuld, wegen welcher er zum Ersatze von 770 fl. verurtheilt wurde, für Kost, Logis und Darlehen contrahirte, schließt den Anspruch aus einer strafbaren Handlung des Verurtheilten keineswegs aus, indem eben in der Art der Schuldcontrahirung auf Seite des nach eigener Anführung des Geklagten wegen des Militärverbrechens der Verwirkung des Anspruches auf die Achtung Anderer verurtheilten Minderjährigen eine strafbare Handlung gefunden werden konnte. Der zweite Satz des §. 248 a. b. G. B. enthält die deutliche Bestimmung, daß auch Minderjährige in Hinsicht auf verbotene Handlungen mit ihrem Vermögen verantwortlich sind, und es erscheint diese Verbindlichkeit weder im Gesetze noch in dem Urtheile der Klage auf das der freien Verfügung des Minderjährigen unterliegende Vermögen beschränkt, daher das unter der Verwaltung des Vormundes stehende Vermögen nicht ausgeschlossen sein kann, und es auch nicht darauf ankommt, ob der Vormund schon bei der Strafverhandlung sich über den Anspruch des Ersatzwerbers zu äußern Gelegenheit hatte und ob das strafgerichtliche Ersatzerkenntniß ihm zugestellt wurde, da die Wirkung der Strafurtheile auch in privatrechtlicher Beziehung, nicht durch eine Intervention des Vormundes eines Straffälligen oder die Zustellung des Strafurtheils an ihn bedingt ist, und wenn wirklich die Verurtheilung des Minderjährigen auf seinem Geständnisse beruht, das vor dem Strafgerichte abgelegte Geständniß eines Minderjährigen zu seiner Beweiskraft nicht blos in strafrechtlicher Beziehung, sondern auch hinsichtlich der privatrechtlichen Folgen einer Zustimmung des Vormundes nicht bedarf.

Nr. 3169.

Actio negatoria: Unwirksamkeit der Ersitzung gegen den Singular-Successor.

Entsch. v. 19. Nov. 1868, Nr. 10341 (Best. des Urth. des B. G. Jičin v. 29. März 1868, Nr. 147, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 7. Juli 1868, Nr. 15001). G. H. 1868, S. 421.

A, grundbücherlicher Eigenthümer einer ihm von C verkauften Liegenschaft, belangte den B mit der negatorischen Klage wegen Freiheit seines Grundstückes von der im öffentlichen Buche nicht ausgezeichneten Servitut des Fahrweges. Dagegen wendete der Beklagte die Erwerbung der Dienstbarkeit durch mehr als 30jährige Ausübung derselben ein (§§. 1498 und 1470 a. b. G. B.). — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagbegehren, das O. L. G. gegen dasselbe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Das aus Ersitzung oder Verjährung erworbene Recht kann Demjenigen, welcher noch vor dessen Intabulation eine Sache oder ein Recht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher an sich gebracht hat, zu keinem Nachtheile gereichen, §. 1500 a. b. G. B. Da nun A die Liegenschaft, bei welcher die Servitut des Fahrweges nicht eingetragen ist, im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erworben hat, und auch nicht vorliegt, daß er bei Uebernahme der Realität von dem factischen Bestand der Dienstbarkeit Kenntniß haben oder mit Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit sich verschaffen konnte, mithin die gegen seinen Tabularauctor von B begonnene und auch vollendete Ersitzung gegen A nicht fortgesetzt noch geltend gemacht werden kann (§. 1500), so mußte das erstgerichtliche Urtheil bestätigt werden.

Nr. 3170.

Legitimation zur Proceßführung durch die Vollmacht eines vor Einbringung der Klage Verstorbenen: Beitritt der Repräsentanten des angeblichen Klägers im Laufe des Processes.

Entsch. v. 25. Nov. 1868, Nr. 8584 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 1. Mai 1868, Nr. 120525, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 15. Juli 1868, Nr. 10823). G. Z. 1869, Nr. 5.

A starb am 5. August 1865; im November 1866 ward über seinen Nachlaß der Concurs eröffnet. Am 24. Juni 1865 hatte er jedoch einem Advocaten Vollmacht und Information zu einer Klage gegen B ertheilt und diese Klage war einfach auf seinen Namen am 19. April 1866 eingebracht worden. Der Beklagte machte den Mangel

der Legitimation zur Proceßführung geltend, worauf in der Replik die oben angeführte Information und zuletzt noch die Vollmacht des Concursmasseverwalters beigebracht ward. — Die erste Instanz berücksichtigte die Einrede nicht. Sie bemerkte: Der klägerische Vertreter hat zwar den vor Ueberreichung der Klage erfolgten Tod des A zugestanden; allein da später der Verwalter der in Concurs verfallenen Verlassenschaft des A dem Processe bei-, beziehungsweise in denselben als Kläger eintrat, so erscheint der gerügte Mangel der Legitimation beseitigt. Auf den Protest des Geklagten gegen diesen Beitritt konnte keine Rücksicht genommen werden. — Auf die Nullitätsbeschwerde des B hob das O. L. G. das Urtheil sammt der Verhandlung einschließlich der Klage auf. Gründe: Da A am 5. August 1865 gestorben war, konnte die Klage vom 19. April 1866 nur von dessen Erben eingebracht werden, indem die Concurseröffnung über seine Verlassenschaft erst im November 1866 erfolgt ist. Da nun A selbst als Kläger im Rubrum der Klage erscheint, dessen Vollmacht aber nach §. 1022 a. b. G. B. bereits erloschen war, eine Vollmacht der Erben aber nicht vorliegt, so erscheint die Einwendung der mangelnden Klaglegitimation begründet. Was nun die weiter behauptete Convalidirung der Klage durch Beitritt der Concursmasse des A betrifft, so muß hervorgehoben werden, daß vom Vertreter des Klägers ein Begehren für die Concursmasse nicht gestellt wurde, und daß die Actieninrotulirung mit Bezug auf das ursprüngliche Klagbegehren erfolgte. Die bei Ergänzung der Verhandlung aufgestellte Behauptung, daß nur aus Irrthum die factischen Verhältnisse nicht angegeben wurden, kann keineswegs genügen, um zur nachträglichen Inrotulirung für einen nicht benannten Kläger schreiten zu dürfen und den Eintritt der Concursmasse als Klägerin zu begründen, da hiedurch die Stellung der Parteien eine wesentlich verschiedene wird, und insbesondere der Geklagte an der Beweisführung durch den Haupteid, welche er sich ausdrücklich vorbehalten hat, gehindert erscheint, indem diese Beweisführung Desjenigen ermangelt, welchem der Eid aufgetragen werden sollte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Nullitätserkenntniß aus den darin angeführten Gründen und weil in der Klage schon der mehr als acht Monate früher erfolgte Tod des A ordnungswidrig verschwiegen, und dadurch deren unbeanständete Annahme bewirkt worden war.

Nr. 3171.

Unerlaubte Verabredung bei einer Feilbietung?

Entsch. v. 25. Nov. 1868, Nr. 10523 (Best. des das Urth. des B. G. Chrudim v. 9. März 1868, Nr. 1527, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 8. Juni 1868, Nr. 16830). G. H. 1869, S. 59.

Die Klage des A gegen B pto. Zahlung von 260 fl. war auf folgenden Sachverhalt begründet: Nach den Bedingnissen der auf executives Anstehen des A ausgeschriebenen Feilbietung einer Liegenschaft konnte derselbe die Kauflustigen vom Erlage des Vadiums befreien. Bei der dritten Versteigerung entband nun A den Mitbietenden B vom Vadium und der Letztere erstand die Liegenschaft. Wie aber A anführte und durch Delation des Haupteides an B beweisen wollte, geschah die Befreiung vom Erlag des Vadiums gegen das Versprechen des B, daß er die Satzpost des A per 260 fl., für die das Meistgebot nicht hingereicht haben würde, demselben auszahlen werde. Gegen die Klage machte B die Einwendung, daß ihm von A das Vadium unentgeltlich nachgelassen wurde und daß im anderen Falle nach §. 878 a. b. G. B. und Hfd. vom 6. Juni 1838, J. G. S. Nr. 277, ungiltig sei. — Der letzteren Einwendung stattgebend, verwarf das Gericht erster Instanz das Klagbegehren, wogegen das O. L. G. auf den obigen Haupteid erkannte und bei erbrachtem Beweis den B zur Zahlung der 260 fl. verurtheilte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Wird mit dem sententionirten Haupteid das Uebereinkommen der Parteien festgestellt, so ist der Klaganspruch vollkommen gerechtfertigt, weil dasselbe nicht im Sinne des §. 878 a. b. G. B. und des Hfd. v. 6. Juni 1838, Nr. 277, zu den verbotenen, resp. ungiltigen Verträgen gehört. Denn es enthält durchaus keine der öffentlichen Versteigerung der Liegenschaft nachtheilige Verabredung; insbesondere war das Uebereinkommen nicht dahin gerichtet, den B vom Besuch der Versteigerung als Mitbieter oder vom Mitbieten abzuhalten und ihn zum Mitbieten nur bis zu einer bestimmten Höhe, resp. nach einem gegebenen Maßstab zu vermögen, was alles dem Interesse des executionsführenden A wie jenem der übrigen Tabulargläubiger widerstrebt hätte; ganz im Gegentheile hatte es den Zweck, auch dem das Geld zum Vadiumserlag eben nicht besitzenden B die Theilnahme an der Licitation ohne jedwede Beschränkung des Mitbietungsrechtes zu ermöglichen, also durch ihn die Concurrenz zu vermehren und ein möglichst günstiges Ergebniß der Feilbietung herbeizuführen.

Nr. 3172.

Verpflichtung des von der Tagfahrt ausgebliebenen Beklagten zum Ersatz der Kosten, ungeachtet die Tagfahrt nur auf Verlangen des Klägers verlegt ward.

Entsch. v. 25. Nov. 1868, Nr. 11546 (Best. des Decr. des B. G. Schwanenstadt v. 21. August 1868, Nr. 2440, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 1. Oct. 1868, Nr. 18963). G. Z. 1869, Nr. 17.

Der Kläger A hat auf Ausbleiben des Geklagten B von einer zur Abgabe der Duplik erstreckten Tagsatzung um Verlegung derselben und Zuspruch der Kosten der vereitelten Tagsatzung, welche Kosten die erste Instanz ihm auch zuerkannte. Auf den Recurs des B zählte die zweite Instanz ihn von diesem Ersatze los. Gründe: Der Kläger hat bei der Tagsatzung selbst anerkannt, daß weder der Geklagte erschienen ist noch ein Begehren desselben um Erstreckung der Tagsatzung vorgelegen sei. Hat nun der Kläger dennoch die Tagsatzungserstreckung begehrt, so muß er selbst die diesfälligen Kosten tragen und kann nach §. 29 a. G. O. der Geklagte nicht angehalten werden, die Kosten zu ersetzen, da seinerseits ein Erstreckungsbegehren nicht vorlag und Kläger selbst freiwillig, somit in seinem Interesse — wie anzunehmen ist — die Erstreckung veranlaßt hat.

Auf den Revisionsrecurs des A, der geltend machte, daß die Erstreckung doch nur dem Geklagten zugute kam, welcher hätte contumacirt werden können, hat der oberste Gerichtshof den erstrichterlichen Bescheid bestätigt. Gründe: Daß die Erstreckung der durch das nicht entschuldigte Ausbleiben des Geklagten vereitelten Tagsatzung zunächst nur ein Vortheil für den Geklagten war, den ihm Kläger zur Vermeidung mehrerer Weitläufigkeiten gegen Ersatz der Erstreckungskosten zugestanden, ergibt sich aus dem Tagsatzungsprotokolle und aus der Natur der Sache; und da der Geklagte sich auch die Erstreckung gefallen ließ, somit den ihm bedingnißweise dargebotenen Vortheil acceptirte, war seine Beschwerde gegen die Auferlegung des zur Bedingung gemachten Kostenersatzes nicht gerechtfertigt.

Nr. 3173.

Behandlung eines Fristgesuches, welches einen Tag nach dem am letzten Tage der Frist eingelaufenen Inrotulirungsgesuche einlangt.

Entsch. v. 25. Nov. 1868, Nr. 11547 (Best. der Decr. des H. G. Wien v. 31. August 1868, Nr. 79256 und 79142, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 30. Sept. 1868, Nr. 18761). G. Z. 1869, Nr. 23. G. H. 1869, S. 189.

Nr. 3174.

Anfang der Frist zum Gesuch um Restitution gegen eine versäumte Frist im Falle des Recurses gegen die die Folgen der Versäumniß aussprechende Verfügung.

Entsch. v. 25. Nov. 1868, Nr. 11673 (Best. der Decr. des H. G. Wien v. 4. August 1868, Nr. 4177, und des O. L. G. Wien v. 15. October 1868, Nr. 19307). G. Z. 1869, Nr. 5.

A überreichte ein Wiedereinsetzungsgesuch wider B am 14. Jänner 1868. Letzterer rügte in den Erinnerungen gegen dasselbe auch dessen verspätete Einbringung, da A den Bescheid, womit wegen nicht erstatteter Satzschrift wider ihn die Inrotulirung der Acten bewilligt worden war, schon am 30. November 1867 erhalten, und damit auch die Kenntniß des Versäumnisses erlangt hatte, also binnen 14 Tagen danach die Restitution hätte begehren sollen. A entgegnete, daß er gegen die Bewilligung der Inrotulirung den Recurs ergriffen, und nachdem ihm dessen Abweisung zugestellt worden, innerhalb 14 Tagen das vorliegende Gesuch, also in gesetzlicher Zeit eingebracht habe, weil er früher, nämlich vor Erledigung des Recurses, das Versäumniß nicht als zu Recht bestehend angesehen konnte. — Die erste und zweite Instanz wiesen das Gesuch als verspätet zurück, weil selbes nach dem klaren Wortlaute des Patentes vom 1. Juli 1790, J. G. S. Nr. 31, und der Resolution vom 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489, lit. hh, binnen 14 Tagen von jenem Tage eingebracht werden muß, wo der Partei oder ihrem Rechtsfreunde die Verabsäumung der Fallfrist bekannt geworden ist, was im vorliegenden Falle am 30. November 1867 geschah.

Der oberste Gerichtshof hat den außerordentlichen Revisionsrecurs des A verworfen. Gründe: A ist bereits durch Zustellung der Inrotulirungsbewilligung aufmerksam gemacht worden, daß er eine Frist versäumte, und hatte also damals schon Veranlassung, zur Beseitigung der Folgen das Erforderliche einzuleiten. Es kann somit in den untergerichtlichen Entscheidungen eine offenbare Ungerechtigkeit nicht erblickt werden.

Nr. 3175.

Begründung des Gerichtsstandes durch zugefügte Beschädigung.

Entsch. v. 1. Dec. 1868, Nr. 10643 (Best. des Urth. des B. G. Welwarn v. 8. Dec. 1867, Nr. 4611, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 1. Juli 1868, Nr. 18675). G. H. 1869, S. 30.

Die Klage des A gegen die Firma einer chemischen Productenfabrik pto. Ersatz des dem Kläger an den Zwetschkenbäumen seines Grundstückes durch die Ausdünstungen, namentlich der Salzsäure, im

Betrieb der Fabrik zugefügten Schadens wurde bei dem B. G., in dessen Sprengel das Grundstück des Klägers gelegen ist (§. 45 der J. N.), nicht beim ordentlichen Gerichtsstand der Firma angestellt, welche dagegen die exceptio fori vorbrachte, indem sie die Anwendbarkeit des citirten Paragraphen bestritt.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Einrede. Gründe: Der §. 45 der J. N. unterscheidet nicht zwischen mittelbar oder unmittelbar durch Menschen oder Thiere zugefügte Beschädigungen; und daß die mittelbar durch Menschen zugefügte Beschädigung in sein Bereich falle, kann schon deshalb nicht bezweifelt werden, weil der Paragraph eben auch von Beschädigungen durch Thiere spricht, wegen welcher nicht die Thiere, sondern nur ihre Besitzer auf Ersatz belangt werden können, in Bezug auf die Letzteren aber die Beschädigung sich nur als eine von ihnen mittelbar zugefügte, von ihnen verschuldete darstellt. Die beklagte Fabrik kann die angebliche Beschädigung der Zwetschkenbäume nur durch ihren Betrieb herbeigeführt haben; es ist daher die Beschädigung durch Menschen wenigstens mittelbar zugefügt worden, obgleich es übrigens nicht schwer wäre, hier selbst eine unmittelbare Schadenzufügung zu deduciren. Die Ansicht der beklagten Firma, daß der §. 45 nur durch strafbare Handlungen verursachte Beschädigungen vor Augen habe, ist ganz ungegründet, weil der Paragraph (nach seinen Schlußworten) gerade nur jene Angelegenheiten in seinen Bereich gezogen wissen will, die nicht in den Wirkungskreis der Strafgerichte gehören.

Nr. 3176.

Begründung des Gerichtsstandes durch zugefügte Beschädigung.

Entsch. v. 1. Dec. 1868, Nr. 10644 (Best. des Urth. des B. G. Welwarn v. 7. Dec. 1867, Nr. 4612, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 1. Juli 1868, Nr. 18677). G. Z. 1868, Nr. 20. Gerichtsbote 1868, Nr. 31.

Sachverhalt und Entscheidungen, wie bei der vorstehenden Nr.

Nr. 3177.

Unzulässigkeit der Intabulation gegen den Nacherben an Stelle einer gegen den Vorerben erwirkten, ungerechtfertigt gebliebenen Pränotation.

Entsch. v. 1. Dec. 1868, Nr. 11407 (Best. der Decrete des L. G. Lemberg v. 14. Nov. 1867, Nr. 56423 und des O. L. G. Lemberg v. 29. April 1868, Nr. 2378). Zeitschr. f. d. Notariat 1869, Nr. 16.

N war, als Testamentserbe des M, als Eigenthümer der Güter X mit dem Beisatze intabulirt, daß ihm für den Fall seines Todes

ohne männliche Nachkommenschaft laut Testament des Erblassers seine Brüder als Nachfolger in den besagten Gütern substituirt sind. Auf Grund eines gegen N erwirkten Wechselzahlungsauftrages begehrte der Gläubiger A gegen denselben die executive Intabulation des Pfandrechtes an den Gütern X. Statt der Intabulation wurde ihm nur die Pränotation bewilligt, weil dem Schuldner dessen Brüder als Erben mit grundbücherlicher Anmerkung substituirt seien, weshalb er selbst die bewilligte Pränotation auch gegen die Nacherben zu rechtfertigen haben werde. N starb mit Hinterlassung eines Sohnes B, welcher ihn beerbte und, da die von M angeordnete fideicommissarische Substitution nach §. 615 a. b. G. B. hiemit erloschen war, als unbeschränkter Eigenthümer der Güter X intabulirt wurde. Nun begehrte A, mit Bezugnahme auf die vorhin erwähnte Pränotaion (deren Rechtfertigung seinerseits unterblieben war) gegen B die executive Intabulation des Pfandrechtes an den Gütern X für seine besagte Wechselforderung. Sein Gesuch wurde in allen Instanzen abgewiesen. Gründe der dritten Instanz: Es ist zwar die gegen den Fiduciar-Erben N erflossene wechselrechtliche Zahlungsauflage im Lastenstande der Güter X zu Gunsten des A pränotirt worden, allein durch diese Pränotation konnte das bedingte Pfandrecht an diesen Gütern nur insoweit erworben werden, als den Fiduciar-Erben und Schuldner selbst Rechte hierauf zustanden, welche aber nur in dem Rechte der Nutznießung bestanden. Es läßt sich daher daraus, daß jetzt der Nacherbe B, Sohn des Fiduciar-Erben, als unbeschränkter Eigenthümer der Güter X intabulirt ist, nicht der Schluß ziehen, daß dem A nunmehr das Recht zustehe, gegen den Nacherben B, gegen den kein Erkenntniß vorliegt, die executive Intabulation obiger Zahlungsauflage zu begehren. Dieses Begehren kann aber auch nicht aus dem Gesichtspunkte als begründet angesehen werden, daß der gegenwärtige Eigenthümer, als Erbe seines Vaters, für dessen Schulden einzustehen habe und seine Intabulirung als unbeschränkter Eigenthümer der Güter X in Folge des Erbseinantwortungsdecretes nach seinem Vater N vollzogen wurde, weil die Güter X demselben doch eigentlich nur in Folge des Testamentes des M, nicht aber aus dem Nachlasse seines Vaters N zufielen, zu welchem er in dieser Beziehung, ebenso wie die anderen substituirt gewesenen Erben, als eine dritte Person anzusehen ist, zumal in dem Einantwortungsdecrete nach seinem Vater N die Rechte dieses Letzteren nur in Uebereinstimmung mit dem Erbeinantwortungsdecrete nach M betrachtet werden konnten.

Nr. 3178.

Einfluß eines neuen Gesetzes auf die Vollstreckung eines vorher ergangenen Erkenntnisses und auf die Behandlung des Rechtsmittels gegen einen vorher ergangenen Executionsbescheid.

Entsch. v. 1. Dec. 1868, Nr. 11674 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Schwanenstadt v. 26. Sept. 1868, Nr. 301 und des O. L. G. Wien v. 28. Oct. 1868, Nr. 20507). G. Z. 1869, Nr. 2.

A hatte das Erkenntniß erwirkt, B sei schuldig, die Bewilligung der Verwaltungsbehörde zur Abtrennung eines Theiles seines Grundes zu erwirken. Am 20. September 1867 bat er um Execution dieses rechtskräftigen Urtheils, und diesem Gesuch entsprechend erließ die erste Instanz am 26. September an B unter Androhung einer Geldstrafe den erforderlichen Auftrag. A berief sich in einem Recurse auf das inzwischen publicirte Landesgesetz vom 26. September 1868, L. G. Bl. für Oberösterreich Nr. 15, welches die Theilung des Grundes von der Bewilligung der Verwaltungsbehörden ganz unabhängig mache.

Die beiden höheren Instanzen bestätigten den Executionsbescheid, die dritte deshalb, weil die in Beschwerde gezogene richterliche Verfügung den zur Zeit der Erlassung derselben bestehenden Gesetzen ganz entsprechend ist und dem B nur vorbehalten bleibt, im geeigneten Wege die Aufhebung der Execution anzustreben.

Nr. 3179.

Einfluß des Todes des Delaten auf den Ausfall des Haupteides: Würdigung der in der Information abgegebenen Erklärung.

Entsch. v. 1. Dec. 1868, Nr. 11749 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Vöcklabruck v. 28. Juli 1868, Nr. 3017 und des O. L. G. Wien vom 15. Oct. 1868, Nr. 18640). G. Z. 1868, Nr. 104.

Der Vormund und die Mutter des A hatten wider B das Erkenntniß erwirkt, daß er Vaterpflichten an A zu erfüllen habe, wenn durch den ihm aufgetragenen Haupteid bewiesen wird, daß er am 14. August 1865 der Mitklägerin beigewohnt habe. Er trat diesen Eid am 17. April 1868 an, die zur Ablegung desselben angeordnete Tagsatzung wurde auf Begehren der Kläger A zweimal erstreckt, und dann vom Vertreter des B auf Grund des Nachweises, daß derselbe am 12. Mai 1868 gestorben ist, jedoch in den am 4. December 1866 und 16. Juni

1867 ertheilten Informationen sich zur Ablegung des Eides erboten hatte, die Bitte gestellt, den Eid für abgelegt zu halten. In der ersten Information hatte B — dem der Haupteid auch darüber aufgetragen worden, daß er am 14. August gegen die A Gewalt angewendet habe — erklärt, den Eid, daß er keine Gewalt brauchte, anzunehmen, in der zweiten sagte er: „Ich kann mich nicht erinnern, daß ich der Klägerin am 14. August 1865 überhaupt fleischlich beiwohnte; ich erkläre demnach, den mir aufgetragenen Eid mit bestem Gewissen ablegen zu können.“ Da aber B in der Information doch gestand, daß er der A während ihrer Dienstzeit öfter beigewohnt habe, protestiren die Kläger gegen das Begehren, zumal dieses Geständniß ein Beweismittel für die den B verpflichtende Handlung sei, welches sie früher nicht wissen und finden konnten, daher sie zur Führung dieses Beweises zuzulassen seien und der Eid des B keinesfalls mehr platzgreife. (§. 231 a. G. O.) — Die erste Instanz erkannte, daß der Eid als von B abgelegt zu betrachten sei, auf Grund der zweiten Information (§. 233 a. G. O. und Hofdecret vom 5. März 1795, J. G. S. Nr. 222), dann weil der angebotene Gegenbeweis sich nicht als solcher gegen den Beweissatz des Eides herausstelle, demnach auf selben nicht erkannt werden könne. — Die zweite Instanz bestätigte diese Entscheidung aus deren Gründen, und weil die zweite Erklärung des B bestimmt lautet, ein Beweis aber, daß Geklagter die A sonst fleischlich gebrauchte, hier nicht von Belang erscheint, da der Eid eben nur den 14. August 1865 zum Gegenstande hat.

Der oberste Gerichtshof verwarf die außerordentliche Revisionsbeschwerde der Kläger aus den obergerichtlichen Gründen.

Nr. 3180.

Voraussetzungen der Zeugenvernehmung zum ewigen Gedächtniß.

Entsch. v. 2. Dec. 1868, Nr. 7378 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Neumarkt v. 21. Sept. 1867, Nr. 2809, und des O. L. G. Krakau v. 27. Februar 1868, Nr. 993). G. H. 1869, S. 147.

A gründete sein während des Processes mit B überreichtes Gesuch um Zeugenvernehmung zum ewigen Gedächtniß auf die darin geäußerte Besorgniß des Sterbens der Zeugen vor ausgetragenem Proceß. In der hierüber stattgefundenen Verhandlung machte B gegen die Vernehmung von einigen der Zeugen die Einwendung, daß dieselben — was A selbst zugab — noch junge und gesunde Leute seien. Darauf hin wurde von beiden Untergerichten die Vernehmung dieser letzteren Personen verweigert, vom obersten Gerichtshofe hingegen des-

halb bewilligt, weil die von A in seinem Gesuch ausgesprochene Besorgniß durch den Einwand des B keineswegs entkräftet erscheint, somit kein gesetzlicher Grund (§. 251 westg. G. O.) vorlag, die Abhörung der Zeugen zu verweigern.

Nr. 3181.

Verpflichtung des unehelichen Vaters zur Aufbesserung der Verpflegung des im Findelhause befindlichen Kindes.

Entsch. v. 2. Dec. 1868, Nr. 9617 (Best. des das Urth. des B. G. Sechshaus v. 31. März 1868, Nr. 26024, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 2. Juli 1868, Nr. 11783). G. H. 1869, S. 360.

Das O. L. G. hat dem in erster Instanz zur Zeit abgewiesenen Klaganspruch der Vormundschaft des im k. k. Findelhaus untergebrachten unehelichen Kindes A gegen dessen Vater B um Zahlung von Alimenten zum Theil stattgegeben und den B zur Zahlung von 3 fl. per Monat zur Aufbesserung der für A von der Findelanstalt geleisteten Verpflegung verurtheilt. Gründe: Der Beklagte kann, so lange das Kind in der Anstalt versorgt ist, allerdings nicht zur Leistung der vollen Alimente angehalten werden, weil die Verpflegung nur einmal gefordert werden kann. Andererseits ist aber nicht einzusehen, warum er nicht verpflichtet werden soll, zur Aufbesserung der Verpflegung in der Anstalt jenen Beitrag zu leisten, der erforderlich ist, um dem Kinde im Findelhause jene Verpflegung zu verschaffen, die es außerhalb desselben erhalten hätte, da doch das Kind den Anspruch auf eine dem Vermögen des Vaters entsprechende Verpflegung hat, die ihm durch die bekanntermaßen sehr karge Versorgung in der Anstalt nicht zu Theil wird. Behufs dieser Aufbesserung wird übrigens der monatliche Beitrag von 3 fl. für genügend erachtet.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

Nr. 3182.

Gegenbeweis gegen die Vermuthung der unehelichen Vaterschaft durch den Nachweis der Reife?

Entsch. v. 2. Dec. 1868, Nr. 10645 (Best. des das Urth. des B. G. Saaz v. 4. Mai 1868, Nr. 4078, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 14. Juli 1868, Nr. 20613). G. Z. 1869, Nr. 19.

Auf Anerkennung der Vaterschaft des am 5. December 1860 geborenen A belangt, gab B zu, der Mutter des A am 23. April

1860 und später noch beigewohnt zu haben, bot aber den Beweis durch Sachverständige darüber an, daß das Kind, welches, wenn von ihm erzeugt, höchstens 7 Monate 12 Tage nach der Zeugung geboren worden wäre, vollkommen reif zur Welt gekommen sei. Der Beweis ward am 14. Februar 1868 aufgenommen und die Sachverständigen erklärten, daß der (damals 7 Jahre, 2 Monate und 8 Tage alte) A „seinem Alter entsprechend groß, jedoch schwächlich gebaut, in allen Organen vollkommen entwickelt, somit keine Anzeichen vorhanden seien, daß er ein in der ersten Hälfte des achten Monates, oder noch frühzeitiger, geborenes Kind ist, daß vielmehr, eben weil das Gegentheil durch keinen Umstand unterstützt wird, angenommen werden muß, daß er zur Zeit seiner Geburt vollkommen reif und ausgetragen war". Die erste Instanz wies hierauf das Klagbegehren zurück. Das O. L. G. entschied zu Gunsten der Kläger.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz, weil der abgegebene Sachverständigenbefund, wodurch eigentlich erwiesen werden soll, daß das Kind nicht in Folge der Beiwohnung des B, wenn dieselbe am 23. April 1860 und dann in der Zeit bis 8. Juni 1860 geschehen ist, sondern in Folge der Beiwohnung eines anderen Mannes erzeugt wurde, nach dem Wortlaute des §. 163 a. b. G. B., wodurch ein solcher Gegenbeweis ausgeschlossen ist, nicht entscheidend ist; weil selbst, wenn dem Befunde der Sachverständigen eine entscheidende Wirkung an sich beigelegt werden könnte, die Untersuchung des Kindes und der Befund erst am 14. Februar 1868, also über 7 Jahre nach der Geburt des Kindes erfolgten und der Befund nur dahin lautet, daß keine Anzeichen vorhanden sind, daß A ein in der ersten Hälfte des achten Monates oder noch frühzeitiger geborenes Kind sei, sondern da das Gegentheil durch keinen anderen Umstand unterstützt wird, angenommen werden müsse, daß A zur Zeit seiner Geburt vollkommen reif und ausgetragen war, sonach selbst durch diesen Befund der Beweis, daß er außer der obigen Zeit der Beiwohnung erzeugt wurde, nicht hergestellt wäre.

Nr. 3183.

Verhältniß des Causalgerichtsstandes zum Nachlaßgerichte.

Entsch. v. 2. Dec. 1868, Nr. 11740 (Best. des Decr. des B. G. Iglau v. 31. August 1868, Nr. 9629, Abänd. des Decr. des O. L. G. Brünn vom 30. Sept. 1868, Nr. 11538). G. Z. 1869, Nr. 12.

Die Handlungsfirma A klagte bei dem Bezirksgerichte als Abhandlungsinstanz wider die Verlassenschaft des B auf Zahlung einer Buchschuld. — Die erste Instanz erklärte sich incompetent, die zweite entschied im entgegengesetzten Sinne, weil dadurch, daß die Ver-

lassenschaft des Beklagten bei dem Bezirksgerichte anhängig ist, im Sinne des §. 37 der Jurisdictionsnorm die Zuständigkeit desselben auch für die zur Handelsgerichtsbarkeit gehörigen Klagen begründet wird, indem diese Bestimmung ausnahmslos lautet und durch das Handelsgesetzbuch §. 41 Einf.-Ges. nicht aufgehoben, sondern vielmehr durch den §. 43 des Einf.-Ges. zum Handelsgesetze die Competenz der Abhandlungsbehörde aufrecht erhalten worden ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz, weil der §. 37 der J. N. nur die Competenz des Gerichtes in jenen Fällen normirt, wo das Gericht als Personalinstanz des Beklagten einzuschreiten hätte, durch diesen Paragraph aber jene Streitsachen, welche nach dem Gesetze einem Causalgerichte zugewiesen wurden, diesem nicht entzogen und dem Verlassenschafts-Abhandlungsgerichte nicht unterworfen werden, was auch aus dem §. 58 der J. N. hervorgeht.

Nr. 3184.

Actio negatoria: Ersitzung der Servitut. Erwerb im Vertrauen auf das öffentliche Buch?

Entsch. v. 3. Dec. 1868, Nr. 9587 (Best. des das Urth. des B. G. Leitomischl v. 27. Mai 1867, Nr. 2575, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 11. Dec. 1867, Nr. 35027). G. H. 1869, S. 31.

A, seit 1862 in Folge Kaufes Eigenthümer einer im Grundbuch mit keiner Servitut belasteten Liegenschaft, belangte in demselben Jahre den B mit der negatorischen Klage wegen angemaßter Benutzung eines zur Liegenschaft gehörenden Feldweges; B vertheidigte sich mit der Ersitzung der Dienstbarkeit durch mehr als 30jährige Ausübung und bot dafür einen Zeugenbeweis an, dessen Aufnahme stattfand. Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagbegehren, das O. L. G. gegen dasselbe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Nach dem aufgenommenen Beweis haben die Besitzvorfahren des B und er selbst seit mehr als 30 Jahren die klägerische Wegparcelle zu allen Wirthschaftsfuhren auf ihr sogenanntes Zufeld benutzt, und es kommt nicht vor, daß ihnen jemals eine Verweigerung dieser Benutzung von den Besitzern der nunmehr dem A gehörigen Wirthschaft wäre entgegengesetzt worden, wie denn auch A selbst nicht geltend macht, daß er die Wirthschaft ohne Kenntniß dieses Sachverhaltes im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher an sich gebracht habe. War aber A in der Kenntniß der von den Zeugen bestätigten Sachlage, so mußte er einsehen, daß B in langjährigem Besitz des Fahrrechtes sich befindet, gegen welchen Besitz er keine

solche Thatsachen nachgewiesen hat, aus denen Unechtheit oder Unredlichkeit desselben gefolgert werden könnte. Da nun dieser Besitz auch die Vermuthung des rechtmäßigen Titels für sich hat, so stellt sich das Fahren des B über den fraglichen Weg nicht als eine Anmaßung dar. Der Umstand, daß am Eingange des Weges ein sogenanntes Falter angebracht war und B und dessen Vorbesitzer in den Fällen, wo dasselbe versperrt angetroffen wurde, den Besitzer der Liegenschaft um den Schlüssel ersuchten, läßt ein bloßes Precarium noch nicht erkennen, weil nach den Zeugenaussagen das Falter nur zeitweise, um das Vieh von den Feldern abzuhalten, gesperrt wurde, aus den Zeugenaussagen nicht zu entnehmen ist, daß die Versperrung den Zweck gehabt habe, den B und dessen Vorbesitzer vom Befahren des Weges auszuschließen, und auch nicht vorliegt, daß die Ausfolgung des Schlüssels oder die Oeffnung des Falters, um welche, wenn es versperrt war, natürlicherweise der Besitzer angegangen werden mußte, jemals verweigert wurde.

Nr. 3185.

Abgrenzung des streitigen Verfahrens vom nicht streitigen: Frist zum Recurs gegen die Bemessung der Gebühr für die bei einer Wechselexecution zugezogenen Schätzleute.

Entsch. v. 9. Dec. 1868, Nr. 11922 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Wien v. 4. Nov. 1868, Nr. 21484). G. Z. 1869, Nr. 20.

In der Executionssache des A wider B wegen Zahlung eines Wechselbetrages hatte das Handelsgericht die Bestimmung der Gebühr für Schätzleute ausgesprochen und deren Berichtigung dem A als Executionsführer aufgetragen. Er überreichte am sechsten Tage nach Zustellung der bezüglichen Verordnung den Recurs gegen das ihm viel zu hoch scheinende Ausmaß, das Handelsgericht legte denselben dem Obergerichte vor, welches den Recurs, als verspätet, abwies.

Dem Revisionsrecurs des A, welcher hervorhob, daß diese Gebührenbestimmung mit der eigentlichen Wechselsache nichts zu thun habe, vielmehr officiöser Natur und nach dem Patente vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, zu behandeln sei, hat der oberste Gerichtshof stattgegeben und dem O. L. G. die meritorische Erledigung des Recurses aufgetragen, weil es bei demselben sich nicht um eine Angelegenheit zwischen Wechselgläubiger und Wechselschuldner handelt, daher die Vorschriften des Wechselverfahrens nicht in Anwendung kommen.

Nr. 3186.

Haftung des in dritte Hand übergegangenen Grundstückes für Uebertragungsgebühren.

Entsch. v. 9. Dec. 1868, Nr. 11958 (Best. des Decr. des L. G. Prag v. 7. Juli 1868, Nr. 16185, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 23. Sept. 1868, Nr. 28514). G. H. 1869, S. 63.

B, Ersteher einer im Executionswege versteigerten Realität des C ist als Eigenthümer intabulirt. Die Finanzbehörde hatte an C den Auftrag zur Zahlung der Uebertragungsgebühr von 165 fl., die er als früherer Käufer der Realität schuldig geworden, erlassen und war dieser Auftrag demselben am 12. September 1866 zugestellt worden, so daß die Morazinsen davon nach der bestehenden Vorschrift (30 Tage) vom 12. October 1866 an liefen. Zu der im Jänner 1867 stattgefundenen Vertheilung des Meistgebotes des B auf die Liegenschaft wurde von Seite der Finanzbehörde die besagte Uebertragungsgebühr nicht angemeldet, dagegen dem neuen Eigenthümer B der Zahlungsauftrag ertheilt und am 19. Mai 1868 zugestellt. Auf Grund dieses Sachverhaltes begehrte die Finanzprocuratur gegen B die executive Intabulation des Pfandrechtes an der Liegenschaft in der Rangordnung des §. 72 des Gebührengesetzes vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, für die Hauptforderung von 165 fl. und die Verzugszinsen seit 12. October 1866. — Das in erster Instanz vollständig bewilligte Gesuch wurde vom O. L. G. zum Theil abgewiesen, indem es in Betreff der Morazinsen die Intabulation nur für die Zinsen seit 18. Juni 1868 (30 Tage nach Zustellung des erneuerten Zahlungsauftrages an den dermaligen Eigenthümer B) bewilligte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung, weil nach dem Grundsatze des §. 72 des citirten Gebührengesetzes das Pfandrecht für die Uebertragungsgebühr an der Sache schon nach dem Gesetze haftet und dasselbe sich auch auf die Verzugszinsen, als Nebengebühr, erstreckt, die der zur Uebertragungsgebühr zunächst verpflichtete Erwerber der Realität zu zahlen unterlassen hat, und es sohin in Betreff dieser Haftung, die für die Morazinsen seit 12. October 1866 eingetreten ist, nicht darauf ankommen kann, wann der Zahlungsauftrag auch einem späteren Erwerber der Realität zugestellt wurde; wie denn auch dieser zweite, an B ergangene Zahlungsauftrag die Festsetzung eines neuen Zahlungstermines nicht entnehmen läßt.

Nr. 3187.

Mündliches Verfahren: Mündliche Abweisung des bei der Verhandlung vorgebrachten Gesuches um Vertagung der Fortsetzung derselben und sofortige Urtheilsfällung zur Hauptsache?

Entsch. v. 9. Dec. 1868, Nr. 12163 (Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz v. 4. Nov. 1868, Nr. 13683). G. H. 1869, S. 46.

In der Rechtssache des A wider B wurde bei der Verhandlungstagfahrt vom Gewalthaber des Klägers die Erstreckung für die Replik begehrt, von Seite des Beklagten dagegen protestirt und sodann vom Gerichte das Verfahren geschlossen und das Proceßurtheil gefällt, gegen welches der Kläger die Nullitätsbeschwerde ergriff. Das O. L. G. gab der Beschwerde statt, indem es das Urtheil cassierte und dem Gerichte auftrug, über das Erstreckungsgesuch des Klägers salvo recursu zu entscheiden und darauf des Weiteren gesetzlich Amt zu handeln. Zugleich verfällte das Obergericht den Richter erster Instanz in den Ersatz der nachweisbar den Parteien verursachten Kosten.

Diese letztere Verordnung wurde vom obersten Gerichtshof in Folge Recurses des Gerichtes aufgehoben, weil die, wenngleich unrichtige Auffassung und Auslegung des §. 32 a. G. O. nicht einer den Richter zu einer Ersatzleistung verpflichteten Nachlässigkeit oder einem solchen Versehen gleichgestellt werden kann; übrigens an dem unregelmäßigen Vorgang der Kläger großen Theiles selbst Schuld trägt, indem er zur Verhandlungstagfahrt einen nicht informirten, nicht geeigneten Mandatar erscheinen ließ, welcher, anstatt gegen die ihm bekannt gegebene Abweisung des Erstreckungsbegehrens seine Beschwerde zu Protokoll zu geben oder aber zur Erstattung der Replik sich der Leitung des Richters zu unterziehen, aus der Amtskanzlei sich entfernte, und auch der Kläger vom 8. Juli — dem Tage der Verhandlung — bis zur Urtheilsfällung — 31. Juli — Zeit genug gehabt hätte, um gegen den auf das Erstreckungsgesuch, wenn auch nur mündlich ertheilten abweisenden Bescheid die Beschwerde anzubringen.

Nr. 3188.

Executive Feilbietung von Liegenschaften: Nichtberechtigung des Erstehers zum Abzug der Einkommensteuer von der Verzinsung des Kaufpreises.

Entsch. v. 9. Dec. 1868, Nr. 12029 (Best. des Decr. des K. G. Stanislau v. 17. Februar 1868, Nr. 2842, Abänd. des Decr. des O. L. G. Lemberg v. 27. März 1868, Nr. 8283). G. Z. 1869, Nr. 19.

A hatte eine im Executionswege versteigerte Realität erstanden und nach den Bedingnissen den Rest des Meistgebotes nebst 5%

Zinsen zu deponiren. Indem er nun diesen Betrag, jedoch nach Abzug der Einkommensteuer von den Zinsen erlegte, begehrte er die Löschung der intabulirten Kaufgeldesschuld. — Dieses Gesuch wurde in erster Instanz abgewiesen, weil der Abzug der Einkommensteuer von den Zinsen in den Licitationsbedingungen, die bezüglich der Rechte und Pflichten des A als Meistbieter einzig und allein maßgebend sind, in denen aber von einem solchen Abzugsrechte desselben keine Erwähnung geschieht, keine Begründung findet, derselbe daher in Bezug auf den Kaufschillingserlag sammt Zinsen den diesfälligen Licitationsbedingungen noch nicht vollständig nachgekommen ist. (Hofdcr. v. 22. April 1803, Nr. 1139, Wessely I. Bd., Nr. 1250.) — Das O. L. G. gab dem Begehren des A statt. Gründe: Bei der laut §. 6 des kais. Patentes v. 10. October 1849, R. G. Bl. Nr. 412, und Art. V des Finanzgesetzes vom 19. December 1862, R. G. Bl. Nr. 101, bestehenden Berechtigung der Schuldner zum Abzuge der Einkommensteuer von den Zinsen der hypothekarisch angelegten Capitalien, und bei dem Umstande, als eine Ausnahme von dieser gesetzlichen Bestimmung nur durch ein besonderes Uebereinkommen als bestehend angenommen werden könnte, solches aber weder aus dem Inhalte der Licitationsbedingnisse, noch aus dem von A ausgestellten Schuldschein über den Rest des Meistgebotes zu entnehmen ist, kann in diesem Falle das von A geltend gemachte Abzugsrecht nicht bezweifelt werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche abweisliche Entscheidung, da nach den Licitationsbedingungen der Ersteher der feilgebotenen Realitäten vom Tage des erlangten physischen Besitzes derselben die fünfpercentigen Verzugszinsen von dem noch nicht eingezahlten Kaufpreise zu entrichten verpflichtet ist, ein Abzug aus dem Titel der Steuern bei diesen Zinsen ihm nicht zugestanden wurde, dadurch aber, daß dieser Restkaufschilling auf den verkauften Realitäten sichergestellt worden ist, in der Verpflichtung desselben zur Zahlung der ganzen fünfpercentigen Zinsen von dem Restkaufschillinge keine Aenderung eingetreten ist und nur die Feilbietungsbedingnisse für denselben maßgebend sind.

Nr. 3189.

Execution zur Einbringung von Aerarialersatzansprüchen.

Entsch. v. 10. Dec. 1868, Nr. 12178 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Weizenkirchen v. 7. Oct. 1868, Nr. 259, und des O. L. G. Wien v. 28. Oct. 1868, Nr. 20890). G. H. 1869, S. 218.

Das Gesuch der Finanzprocuratur gegen B, der durch obergerichtlich bestätigtes Urtheil der ersten Instanz wegen Verbrechens in

den Ersatz der Kosten des Strafverfahrens verfällt worden war, um Intabulation des executiven Pfandrechtes auf der Liegenschaft des B für die besagte Ersatzforderung des Fiscus war mit dem Ersuchschreiben des Strafgerichtes um Hereinbringung der Kosten und mit dem oberlandesgerichtlichen Bestätigungsurtheil instruirt, dessen summarische Fassung nicht ergab, daß B in erster Instanz in der That auch zur Zahlung der Proceßkosten verurtheilt wurde. Wegen dieser Lücke wurde die Intabulation von beiden Untergerichten abgeschlagen.

In Erwägung, daß selbst nach Hofdecret vom 18. September 1786, lit c, J. G. S. Nr. 577, zur Erwirkung einer Sicherstellung des k. k. Aerars das Fiscalamt lediglich durch die Vorlage der an selbes ergangenen Aufforderung der hiezu berufenen Behörde sich zu legitimiren hat, welche hier von der Finanzprocuratur mit dem Ersuchschreiben des hiezu nach §. 144 der Instruction der Gerichtsbehörden in strafgerichtlichen Angelegenheiten vom 16. Juni 1854, R. G. Bl. Nr. 165, berufenen Strafgerichts erster Instanz im Original beigebracht wurde; daß in demselben die erfolgte rechtskräftige Verurtheilung des B zum Proceßkostenersatz ausdrücklich bestätigt ist, mithin blos darin, daß die Finanzprocuratur nebst dem Ersuchschreiben nur das obergerichtliche Erkenntniß, in welchem die Verurtheilung zur Zahlung der Kosten nicht ausgedrückt ist, vorgelegt hat, ein Grund zur Verweigerung der Sicherstellung des Fiscus nicht gefunden werden kann, hat der oberste Gerichtshof das Intabulationsgesuch bewilligt.

Nr. 3190.

Berühmung durch Anführung einer Forderung unter den Verlassenschaftsactiven?

Entsch. v. 11. Dec. 1868, Nr. 8773 (Best. des das Urth. des B. G. Amstetten v. 31. Dec. 1867, Nr. 3892, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 13. Mai 1868, Nr. 9080). G. Z. 1869, Nr. 22. G. H. 1869, S. 74.

A brachte wider die B eine Aufforderungsklage ein und gab an, er sei der B und ihrem Gatten aus dem der Klage angeschlossenen Kaufvertrage vom Jahre 1849 einen Rest des Kaufpreises von 5000 fl. schuldig geblieben, welchen jedoch sie und ihr — seither im Jahre 1861 verstorbener — Gatte ihm erlassen hätten, was er durch Zeugen und Haupteid beweisen könne. Nun habe aber sie diese Forderung in die im Jahre 1862 gepflogene Abhandlung der Verlassenschaft ihres Gatten einbezogen und die Letzteren betreffende Hälfte sich einantworten lassen, worin eine Berühmung liege, daß ihr diese Forderung zustehe. Die Geklagte berief sich auf ihren aus dem Kaufvertrage und der Einantwortung hervorgehenden Besitz und

darauf, daß A, wenn er die Erlöschung der Forderung behaupte, diesfalls als Kläger auftreten müsse, sowie, daß die pflichtmäßige Angabe der Forderung bei der Verlassenschaftsabhandlung noch keine Berühmung sei. Die erster Instanz erkannte, daß die B ihr Recht darzuthun habe. — Gründe: Die B hatte sich allerdings gerühmt, daß obige Forderung, deren Erlöschung A behauptet, ihr gebühre, wonach gemäß §. 66 a. G. O. dem A das Recht zusteht, sie aufzufordern, dieselbe auszuführen. Die Geklagte beruft sich zwar auf das Hofdecret vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621, daß sie sich im Besitze der Forderung befinde, daher zu einem Nachweise nicht aufgefordert werden könne. Allein aus der Fassung des Absatzes cc dieses Hofdecretes geht hervor, daß hier Forderungen nicht gemeint sind. Wenn man aber auch einen Besitz von Forderungen zugibt, so könnte man einen solchen der B bezüglich obiger Forderungen nicht zugestehen, indem bei dem Widerspruche des A keine Umstände geltend gemacht werden, wodurch sich der Besitz derselben manifestirt hätte. Das Hofdecret vom 28. December 1791, J. G. S. Nr. 234, bezieht sich auf den Fall, wenn eine Berühmung nicht stattfindet und Urkunden nichtig und kraftlos erklärt werden sollen, und kann daher auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden. — Die zweite Instanz wies den Kläger aus folgenden Gründen ab: Es gehört die Beurtheilung der Frage über die Erlöschung des gerühmten Rechtes gar nicht in den vorliegenden Rechtsstreit. Nicht jede Angabe eines Rechtes von Seite des Berechtigten kann schon eine Berühmung genannt werden. Vielmehr erregt Derjenige, von dem man sagt, er rühme sich einer Befugniß, die Vorstellung, daß er sich etwas anmaße, daß er nicht berechtigte Ansprüche kundgebe. Dies kann jedoch von der Person nicht gesagt werden, deren Gegner selbst anführt, daß ihr ein — wenngleich noch nicht ausgetragenes — Recht aus einer von ihm selbst gelegten, mit aller Form Rechtens ausgestellten Urkunde verschrieben ist, wie hier der B selbst und als Rechtsnachfolgerin ihres Gatten, so zwar, daß sie sich im Besitze dieses Rechtes befindet (Hofdecr. vom 15. Jänner 1787, Nr. 621). An der Hand dieser Urkunde ist sie nach dem Abhandlungs- und Gebührengesetze nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, diese Activforderung bei der Verlassenschaftsabhandlung anzugeben. Von einer Anmaßung kann also keine Rede sein.

Der oberste Gerichtshof hat das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen und in der Erwägung bestätigt, daß die Geklagte auf Grund des sich als Schuldschein darstellenden Kaufvertrages und der Einantwortung des Nachlasses ihres Gatten so lange als Besitzerin der darauf sich gründenden Forderung betrachtet werden muß, daher zu deren Darthuung nicht aufgefordert werden kann, als nicht die Erlöschung der Forderung dargethan ist, wozu aber der Aufforderungsproceß sich nicht eignet.

Nr. 3191.

Dritte Feilbietung einer Liegenschaft: Behandlung eines in den Feilbietungsbedingnissen bezeichneten Minimalbetrages als Ausrufspreis.

Entsch. v. 11. Dec. 1868, Nr. 10949 (Best. des Decr. des K. G. Tarnow v. 29. August 1867, Nr. 11646, Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau v. 26. März 1868, Nr. 2733). G. Z. 1869, Nr. 23.

Bei der dritten zwangsweisen Feilbietung einer auf 60.000 fl. geschätzten Liegenschaft ward dieselbe um 38.000 fl. deshalb ausgeboten, weil in den Feilbietungsbedingnissen bestimmt war, daß sie zwar unter dem Schätzungswerthe, nicht aber unter jenem Betrage werde verkauft werden. — Auf Verlangen einiger Gläubiger hob die zweite Instanz die Feilbietung auf in Erwägung, daß in dem Absatze 2 der Licitationsbedingnisse der Schätzungswerth von 60.000 fl. als Ausrufspreis mit dem Beifügen festgesetzt wurde, daß, wenn kein Kauflustiger ein höheres oder wenigstens gleiches Angebot machen sollte, die Realität auch unter dem Schätzungswerthe, jedoch nicht unter 38.000 fl., verkauft werden würde, daß daher das fragliche Gut um den obigen Schätzungswerth ausgerufen und erst bei mangelndem höheren oder gleichem Angebote die Kauflustigen zu einem geringeren Angebote aufgefordert, nicht aber — wie es thatsächlich zum Abbruche eines sonst möglichen höheren Angebotes geschehen ist — der obige Minimalbetrag von 38.000 fl. als Kaufpreis hätte ausgerufen werden sollen, ungeachtet die Feilbietungsbedingnisse vor Beginn der Licitation den Kauflustigen kundgemacht wurden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den die Feilbietung genehmigenden Bescheid der ersten Instanz. Gründe: Da den Kauflustigen die Feilbietungsbedingnisse vorgelesen worden sind, aus welchen sie ersehen haben, daß selbst bei der Annahme eines Ausrufspreises von 60.000 fl., wenn derselbe nicht angeboten werden sollte, ein Angebot von 38.000 fl. angenommen werden würde, daß daher ohne Rücksicht auf den Ausrufspreis die Anbietung von 38.000 fl. genüge, und da, wenn sich Kauflustige gefunden hätten, die den Schätzungswerth anzubieten Willens gewesen wären, dieselben in der Lage waren, durch Steigerung der gemachten Anbote den Kaufpreis zu erhöhen, in Abgang solcher Kauflustiger aber doch bei der Feilbietung auf den Antrag von 38.000 fl. hätte herabgegangen werden müssen, das Ausrufen des Preises von 38.000 fl. daher auf das Ergebniß der Feilbietung in keiner Beziehung einen nachtheiligen Einfluß haben konnte, so ist kein Grund vorhanden, die Feilbietung aufzuheben.

Nr. 3192.

Behandlung der Zinsen bei Vertheilung des Kaufpreises einer zwangsweise veräußerten Liegenschaft: Berechnung der dreijährigen Frist.

Entsch. v. 15. Dec. 1868, Nr. 12170 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 11. Februar 1868, Nr. 26726 und des O. L. G. Prag v. 7. Sept. 1868, Nr. 25783). Gerichtsbote 1869, Nr. 31. G. Z. 1869, Nr. 22.

Bei der Tagsatzung zur Liquidirung der Satzforderungen einer am 18. October 1866 im Executionswege veräußerten Realität meldete A eine solche Forderung sammt Interessen seit 1. Mai 1863 an, gegen welche Zinsen sowohl der Execut als der dem A in der bücherlichen Rangordnung nachgehende Gläubiger protestirten, da sie dem A nur Zinsen seit dem 25. April 1864, nämlich für drei Jahre von der am 25. April 1867 geschehenen Anmeldung zurückgerechnet, zugestehen wollten. — Die erste und zweite Instanz wiesen den A auch nur mit diesen seit 25. April 1864 zu berechnenden Zinsen auf den Kaufschilling an, und zwar die erste Instanz, weil der Execut die Verjährung der für längere Zeit rückständigen Zinsen eingewendet und A deren Unterbrechung nicht dargethan habe; die zweite Instanz bemerkte überdies, daß die drei Jahre von dem Tage zurückgerechnet werden müssen, an welchem Interessen begehrt worden sind, d. i. wo der Gläubiger sie angemeldet und angesprochen hat, zumal durch die Feilbietung eine Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung nicht eingetreten sein konnte. Eine Analogie aus §. 18 der a. C. O. in Betreff des Tages, von dem an der dreijährige Zinsrückstand zu berechnen ist, findet hier nicht Platz, da diese Bestimmung eine Ausnahmsbestimmung für den Concursproceß ist. Ebensowenig ist es mit dem §. 1480 a. b. G. B. vereinbar, die drei Jahre nicht vom Tage des Anspruches, sondern von jenem Tage an zurückzurechnen, an welchem die letzten halbjährigen Interessen fällig waren.

Der oberste Gerichtshof änderte diese Entscheidungen dahin ab, daß die Zinsen von dem dem A zugewiesenen Capitale für die Zeit vom 18. October 1866 (Feilbietungstag) drei Jahre zurück auf den Kaufschilling zu verweisen seien, und zwar in Erwägung, daß mit dem Tage der erfolgten executiven Veräußerung einer Hypothek der Gläubiger gegen den früheren Besitzer die Zinsen des versicherten Capitales nicht mehr geltend machen kann; daß die Berechnung der dreijährigen Verjährungszeit der aus der Hypothek zu zahlenden Zinsen von dem Tage der Veräußerung der Hypothek zu berechnen ist, weil auf diesen Tag der Rechtsanspruch an die Hypothek, resp. den erzielten Kaufschilling, in Betreff Capitals und Zinsen fixirt ist, und an diesem Tage ein neuer Schuldner der Zinsen eintritt; daß die Zahlung des Capitals und der Zinsen als am Tage der geschehenen Veräußerung geschehen anzusehen ist.

Nr. 3193.

Provisorische Sequestration wegen Streitigkeit des Besitzes oder wegen drohender Gefahr?

Entsch. v. 15. Dec. 1868, Nr. 12338 (Best. des das Decr. des B. G. Steyr v. 24. August 1868, Nr. 5711, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 30. Sept. 1868, Nr. 18475). G. Z. 1869, Nr. 24.

Die Eheleute A klagten auf Ungiltigerklärung des Vertrages, womit sie den Eheleuten B ihr Bauerngut verkauft hatten, und verlangten die Sequestration des Gutes bis zum Austrage dieses Processes, weil die Beklagten forstwidrig 150 junge Bäume gefällt hätten. — Die erste Instanz wies dieses Gesuch aus folgenden Gründen ab: Durch den angebotenen Beweis über die Holzschlägerung könne noch nicht nachgewiesen werden, daß diese zum Schaden des Gutes sei, eine andere Gefahr für Schaden des Gutes sei aber nicht behauptet worden. Es sei ferner von den Sequestrationswerbern keine Sicherheit, noch viel weniger hinlängliche Sicherheit für den dem Beklagten allenfalls erwachsenden Schaden angeboten worden, wie der §. 293 a. G. O. ausdrücklich vorschreibt; diese Caution sei auch nicht einmal im Laufe der Verhandlung, trotz der Aufforderung der Beklagten, angeboten worden, daher auch das Gericht nicht in der Lage sei, eine hinlängliche Sicherheit gewährende Caution zu bestimmen, abgesehen davon, daß die Sicherheit, wie schon gezeigt, nach §. 293 a. G. O. vom Sequestrationswerber dargeboten werden muß. Im Recurse dagegen bemerkten die Eheleute A insbesonders, daß das Gericht nur den §. 293 a. G. O. im Auge hatte, während sie ihr Begehren auch auf den §. 292 stützten. — In zweiter Instanz wurden die Beweise durch Zeugen über die Holzfällung und durch Sachverständige darüber, daß selbe nur schlagbare Bäume zum Gegenstande hatte, zugelassen, weil vor Allem die Erhebung des Umstandes nothwendig erscheint, ob und in wie fern durch die behauptete Holzschlägerung das Gut, respective dessen Erträgniß, gefährdet ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung. Gründe: Es ist von beiden Theilen zugegeben, daß die Beklagten sich im Besitze des Gutes befinden, und dieser Besitz ist nicht ein blos thatsächlicher, sondern ein rechtlicher, weil er sich auf den bereits vor drei Jahren geschlossenen Kaufvertrag gründet. Wenngleich daher die Kläger diesen Besitz gegen Obigen streitig machen, so sind sie doch nicht befugt, die Sequestration des Gutes nach §. 292 a. G. O. zu verlangen, eben weil die Geklagten ihr Recht zum Besitze erwiesen haben. Es kann also nur der §. 293 a. G. O. zur Anwendung kommen, wo aber die Kläger zuvörderst eine Gefahr, daß dem Gute Schaden droht, darthun, und dann hinlängliche Sicherheit für den der geklagten Partei etwa erwachsenden Schaden anbieten

müssen. Zu letzterer haben sie sich, wenngleich nur im Allgemeinen, am Schlusse ihrer Replik allerdings erboten, und die Geklagten haben auch keine bestimmte Caution verlangt, daher selbe seinerzeit vom Gerichte zu bestimmen sein wird und der eben erwähnte Mangel der Ziffer derselben der Bewilligung der Sequestration nicht im Wege steht. Das erste Erforderniß, Gefahr eines Schadens, kann aber aus den in zweiter Instanz zugelassenen Beweisen sich ergeben.

Nr. 3194.

Auslegung eines Vertrages auf Nichtcreditirung.

Entsch. v. 16. Dec. 1868, Nr. 9781 (Best. des das Urth. des B. G. Alsergrund in Wien v. 6. Juni 1868, Nr. 8424, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 13. August 1868, Nr. 13597). G. H. 1869, S. 18.

Viele Bäcker von Wien — darunter A und B — haben schriftlich das Uebereinkommen getroffen, wonach Jeder von ihnen, der einem Victualienhändler Brod auf Borg verkauft, ohne daß sich der Letztere ausweiset, dem Bäcker, der ihm bisher borgte, volle Zahlung geleistet zu haben, verpflichtet ist, diesem Gläubiger (in der selbstverständlichen Voraussetzung, daß derselbe zu den Vertragsgenossen gehört) die ganze Schuld des Victualienhändlers zu zahlen. Auf Grund dieses Uebereinkommens belangte nun A den B um Zahlung von 287 fl., die der Victualienhändler C dem A schuldig geblieben war, als er seine Kundschaft dem A entzog und dem B zuwendete. — Nach Aufnahme eines Zeugenbeweises verurtheilte die erste Instanz den B nach dem Klagbegehren unter der Bedingung, daß A mit dem Erfüllungseid die eingeklagte Summe als seinen Ausstand bei C beschwöre; wogegen das O. L. G. den Kläger ohne Weiteres abwies.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Das Uebereinkommen der Bäcker hat offenbar den Zweck, zu verhüten, daß ein Victualien- (Zwischen-) Händler, der einem Bäcker schuldig geblieben ist, sich der Zahlung ohne Störung seines Gewerbebetriebes dadurch entziehe, daß er nun bei einem Bäcker mittelst Credits seinen Bedarf deckt. Hiebei ist aber eine längere Creditgebung von Seite des zweiten Bäckers und nicht ein vereinzeltes Borggeschäft auf einen Tag oder Stunden gemeint. Nun haben die abgehörten Zeugen, nämlich C selbst, dessen Ehefrau und Tochter, ausgesagt, daß das Gebäck, welches C bisweilen bei dem Beklagten kaufte, entweder sofort oder im Laufe des Tages gezahlt wurde; und C hat insbesondere, mit Bestätigung seiner Frau, noch angeführt, daß der Beklagte ausdrücklich erklärte, ihm nicht zu creditiren, kein Einschreibbuch und

keinen Brodtarif ihm auszufolgen. Es kann daher nicht gesagt werden, daß der Beklagte dem C im Sinne des Bäckerübereinkommens creditirt habe.

Nr. 3195.

Hemmung der Execution auf Grund der Oppositionsklage: Zeugenverhörprotokolle als vollkommen beweisende Urkunde.

Entsch. v. 16. Dec. 1868, Nr. 12268 (Best. des Decr. des B. G. Stein v. 17. Sept. 1868, Nr. 5429, Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz vom 21. Oct. 1868, Nr. 13045). G. H. 1869, S. 193.

Das mit der Klage pto. Erlöschung des Executionsrechtes des B durch nachgefolgte Zahlung der Schuld gleichzeitig angebrachte Gesuch des Klägers A um Suspension der bereits ausgeschriebenen dritten executiven Feilbietung seiner Liegenschaft gründete sich auf die von A producirten Protokollarangaben der zum ewigen Gedächtniß bei Gericht verhörten Zeugen, aus denen sich die inzwischen an B geleistete Zahlung ergab. B protestirte gegen die Suspension, worauf das Gericht erster Instanz das Gesuch des A abwies. Das O. L. G. hingegen bewilligte dasselbe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid in Erwägung, daß zum ewigen Gedächtniß protokollarisch aufgenommene Zeugenaussagen nicht vollkommen beweisende Urkunden im Sinne des Hofdecretes vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, sind.

Nr. 3196.

Rückwirkende Kraft der Gesetze: Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung.

Entsch. v. 22. Dec. 1868, Nr. 6426 (Aufheb. der gleichförmigen Urth. des L. G. Krakau v. 28. Jänner 1868, Nr. 20952, und des O. L. G. Krakau v. 21. April 1868, Nr. 6538). G. H. 1869, S. 289.

In der Rechtssache der A wider ihren verschollenen Ehegatten B wegen Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung hatten beide Untergerichte dem Begehren der A stattgegeben.

In Erwägung jedoch, daß die Verhandlung auf Grund des kaiserl. Patentes vom 8. October 1856, R. G. Bl. Nr. 185, Anhang I (Ehegesetz für Katholiken), durchgeführt wurde und deshalb die Bestellung eines Vertheidigers des Ehebandes unterblieben ist; daß die Bestimmungen des citirten Patentes durch die Art. III und IV

des Gesetzes vom 25. Mai 1868, R. G. Bl. Nr. 47, außer Wirksamkeit getreten sind, und daher die vorliegende (dem obersten Gerichtshofe nach dem Gesetze von Amtswegen vorgelegte), noch nicht rechtskräftig entschiedene Angelegenheit in Bezug auf ihre weitere Behandlung auf den Standpunkt der gegenwärtigen Legislation zurückgeführt werden muß, nach welcher (§. 114 a. b. G. B.) bei der Verhandlung über die Todeserklärung behufs der Wiederverehelichung ein Vertheidiger des Ehebandes zu bestellen und (Hofdecret vom 23. August 1819, J. G. S. Nr. 1595) dessen Aeußerung über das gestellte Begehren und die darauf gepflogenen Erhebungen einzuholen ist, hat der oberste Gerichtshof mit Aufhebung der untergerichtlichen Erkenntnisse die Aufstellung eines defensor matrimonii, die Ergänzung der Verhandlung mit demselben und die Fällung eines neuen Erkenntnisses aufgetragen.

Nr. 3197.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte von dem der Verwaltungsbehörden: Gegen einen Beamten gefälltes administratives Ersatzerkenntniß.

Entsch. v. 22. Dec. 1868, Nr. 7567 (Best. des das Decr. des L. G. Lemberg v. 30. Nov. 1867, Nr. 65411, aufheb. Decr. des O. L. G. Lemberg v. 31. März 1868, Nr. 7139). G. Z. 1869, Nr. 12. G. H. 1869, S. 54.

Der Postexpeditor A machte sich der Uebertretung gegen öffentliche Anstalten nach §. 316 St. G. schuldig, wurde im Disciplinarwege des Dienstes entlassen und von der Administrativbehörde zu einem Ersatze von 212 fl. bei Execution verurtheilt. A glaubte jedoch an dieses Erkenntniß nicht gebunden zu sein und überreichte wider die k. k. Finanzprocuratur in Vertretung des k. k. Postärars eine Klage bei Gericht, durch welche er die Beklagte aufforderte, den Ersatzanspruch nachzuweisen. — Das Gericht erster Instanz hat die Klage angenommen und aufrecht verbeschieden. Vom O. L. G. wurde der erstrichterliche Bescheid behoben und verordnet, daß die Aufforderungsklage, als unzuständig bei Gericht überreicht, zurückgestellt werde, weil im Sinne des §. 92 der mit Erlaß des Handelsministeriums vom 16. Dec. 1852, Nr. 2649 (Verordnungsblatt für die Verwaltungszweige Nr. 100 von 1852), kundgemachten Dienstordnung, welcher sich der Kläger im §. 1 des mit der Finanzprocuratur im Namen des Aerars geschlossenen Vertrages vom 24. Juli 1858 unterworfen hat, der mit der vorliegenden Klage gestellte Anspruch nicht auf den gerichtlichen Weg gehört. In dem Revisionsrecurse wurde dagegen ausgeführt, daß die Bestimmungen des §. 92 der Dienstordnung vom

Jahre 1852 hier auf den Recurrenten keine Anwendung finden, da der §. 61 festsetze, daß die Rechtsverhältnisse der gegen einen Dienstvertrag aufgenommenen Beamten und Diener zunächst nach diesem Vertrage zu beurtheilen sind.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil der Recurrent aus Anlaß der gegen ihn durchgeführten Disciplinaruntersuchung und sohin erfolgten Entlassung von dem Posten eines Postexpeditors im administrativen Wege zum Ersatze der diesfalls aufgelaufenen Kosten bei Execution verurtheilt wurde; weil zufolge §. 103 der citirten Dienstordnung vom 16. December 1852, Nr. 2649, die Disciplinarvorschriften auch auf die mittelst Verträgen aufgenommenen Postexpeditoren im Falle eines Dienstesvergehens ihre Anwendung finden; weil nach den Vorschriften der §§. 92, 93, 94 und 95 der Dienstordnung Forderungen der Staatsverwaltungen an Postbedienstete lediglich im administrativen Wege auszutragen und die Gerichtsbehörden verpflichtet sind, auf Grundlage solcher administrativer Erkenntnisse die Execution zu bewilligen; weil der Absatz 15 des mit dem Recurrenten abgeschlossenen Dienstvertrages die richterliche Competenz in dem vorliegenden Falle nicht begründen kann, zumal es sich hier nicht um einen Anspruch aus dem Vertrage, sondern um einen Ersatzanspruch aus der gegen den Recurrenten aus Anlaß eines Dienstvergehens durchgeführten Disciplinaruntersuchung handelt, sonach die Administrativbehörde allein, mit Ausschluß des Richters, das endgiltige und executionsfähige Erkenntniß zu fällen hat.

Nr. 3198.

Collision des gesetzlichen Pfandrechtes des Vermiethers mit dem nach Wegbringung der Sachen aus den vermietheten Räumen erworbenen gerichtlichen Pfandrecht.

Entsch. v. 22. Dec. 1868, Nr. 12616 (Best. des Decr. des H. G. Wien vom 22. Sept. 1868, Nr. 55343, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 28. Oct. 1868, Nr. 20518). G. Z. 1869, Nr. 25. G. H. 1869, S. 107.

B hatte wider seinen Wechselschuldner die executive Feilbietung des beweglichen Vermögens desselben erwirkt, welche am 14. Februar 1868 vorgenommen wurde, und bei deren Schlusse A, als Bestandgeber des Schuldners, zur Geltendmachung seines gesetzlichen Pfandrechtes an den Executionsobjecten eine rückständige Miethzinsforderung von 80 fl. anmeldete, auch, als B um Erfolglassung des Erlöses zur Berichtigung seiner Wechselforderung einschritt, das Vorrecht darauf für seine Miethzinsforderung in Anspruch nahm, indem er am 19. Februar 1868 die Klage auf Zahlung derselben und das Gesuch um

pfandweise Beschreibung der in der Wohnung des Schuldners befindlichen Einrichtungsgegenstände und Fahrnisse eingebracht habe. — Die erste Instanz berücksichtigte seinen Anspruch nicht, weil das gesetzliche Pfandrecht an den illatis et invectis allerdings auf die Einbringung derselben zurückwirkt, jedoch nur dann, wenn dieselben zur Zeit der Einbringung der Zinsklage noch in der Wohnung vorhanden sind, diese Klage aber erst am 19. Februar 1868 überreicht wurde, während die Effecten bereits am 14. Februar feilgeboten, somit am Tage der Einbringung der Zinsklage schon executiv veräußert waren, und weil die Anmeldung des Zinsanspruches bei der Feilbietungscommission die Ueberreichung der Zinsklage nicht ersetzen kann. — Die zweite Instanz bewilligte die Erfolglassung aus folgenden Gründen: Zur Zeit der Feilbietung — 14. Februar 1868 — hatte unbestrittenermaßen A eine Miethzinsforderung von 80 fl. und für selbe das Pfandrecht des §. 1101 a. b. G. B. an den in der Wohnung des Schuldners am 14. Februar 1868 befindlichen und veräußerten Fahrnissen, welches er bei der Feilbietung anmeldete. Durch letztere ist dieses Pfandrecht nicht erloschen, sondern ist ohne Weiteres auf den Erlös übergegangen. Zur Wahrung desselben bedurfte es nicht der Klage auf Zahlung des Miethzinses, da weder der Miether noch dessen Wechselgläubiger B den Bestand der Forderung bestreiten, noch bedurfte er der pfandweisen Beschreibung der Fahrnisse, da diese nur dazu dient, um festzustellen, welche Fahrnisse in der Wohnung sich befinden, im gegenwärtigen Falle aber durch das Feilbietungsprotokoll dargethan ist, welche Fahrnisse in der Wohnung vorhanden waren und veräußert wurden, sowie was der Erlös derselben gewesen sei. Wenn nun A das Pfandrecht des §. 1101 a. b. G. B. an dem Erlöse hat, so fragt es sich weiter, welcher Rang demselben gebührt? — Das Pfandrecht des §. 1101 a. b. G. B. hatte A mit dem Zeitpunkte der Einbringung der Fahrnisse in die Wohnung für die jeweilig fällig werdenden Miethzinse erworben, ohne daß es hiezu einer Klage auf Zahlung des Miethzinses oder einer pfandweisen Beschreibung bedurfte, nur mußten die Sachen, als A sein Pfandrecht auf dieselben zur Ausübung brachte, noch in der Wohnung vorhanden sein. Nun hat A sein gesetzliches Pfandrecht eben bei der Feilbietung der vorhandenen Sachen durch die Anmeldung seines Anspruches auf den Erlös ausgeübt, sein Pfandrecht geht sonach jenem des B, der es erst nach Einbringung der Sachen in die Wohnung am 27. December 1867 erlangt hat, vor.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstrichterliche Entscheidung. Gründe: Nach §. 451 a. b. G. B. war zur Erwerbung des Pfandrechtes als eines dinglichen Rechtes erforderlich, daß der Gläubiger mit einem Titel versehen sei — welchen der Bestandgeber allerdings durch den §. 1101 a. b. G. B. besitzt — und daß er die verpfändete Sache, wenn sie beweglich ist, in Verwahrung nehme, wozu bei

Bestandgebern nach §. 1101 a. b. G. B., §. 342 a. G. O. und Hofdecret v. 5. November 1819, J. G. S. Nr. 1621, einerseits die gerichtliche Beschreibung der Fahrnisse genügt, welche aber andererseits zur wirklichen Erwerbung des Pfandrechtes dort, wo keine körperliche oder symbolische Uebergabe stattfindet, auch unerläßlich ist, dem A jedoch im vorliegenden Falle mangelt. Dem steht das Hofdecret vom 10. April 1837, J. G. S. Nr. 189, nicht entgegen, welches sagt, daß das im §. 1101 a. b. G. B. erwähnte Pfandrecht schon durch die Einbringung der Fahrnisse in die Wohnung begründet werde, daher von diesem Zeitpunkte an wirksam auch gegen jene Gläubiger des Miethmannes geltend gemacht werden könne, welche an den Gegenständen ein Pfandrecht erwerben, ehe noch von dem Vermiether die Zinsklage überreicht oder die Beschreibung der Fahrnisse angesucht wurde. Denn dieses Hofdecret handelt nicht davon, wie das Pfandrecht erworben wird, sondern räumt nur dem auf gesetzmäßige Weise, also durch Beschreibung in Folge der Zinsklage, erlangten, den Vorrang vor anderen schon früher erworbenen ein. Da A nur einen Titel zum Pfandrechte hatte und die bloße Anmeldung der Zinsforderung bei der Feilbietung die Klage und Beschreibung der Fahrnisse nicht ersetzt, so kann seine Einsprache gegen die von B begehrte Erfolglassung nicht berücksichtigt werden.

Nr. 3199.

Vergleich oder Schenkung?

Entsch. v. 30. Dec. 1868, Nr. 11751 (Best. des das Urth. des B. G. Landstraße in Wien v. 27. Juni 1868, Nr. 8724, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 1. Oct. 1868, Nr. 17888). G. H. 1869, S. 51.

Die Klage der A gegen B auf Zahlung von 500 fl. enthielt folgende Anführungen: In Folge des in der kritischen Zeit mit ihr vollzogenen Beischlafes (Haupteid) sei B Vater des von der Klägerin außer der Ehe geborenen Kindes und habe ihr versprochen, daß er für das Kind ein Capital von 800 fl. anlegen und (Haupteid) ihr selbst für die erlittene Entehrung 500 fl. zahlen werde, wenn sie einen Anderen heiratet. Unter Vorlage des Taufscheines des Kindes und ihres Trauscheines begehrte nun die A die Zahlung der ihr versprochenen 500 fl. — Vom Gericht erster Instanz wurde auf die obigen zwei Haupteide erkannt und für den Fall der dadurch erbrachten Beweise dem Klagbegehren stattgegeben, wogegen das O. L. G. die Klägerin sofort abwies.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Nach §. 1328 a. b. G. B. hätte die A vor

Leistung des angeblichen Versprechens der Zahlung von 500 fl. als Entschädigung für die Entehrung ein Klagrecht darauf gegen B nicht gehabt, woraus mit Rücksichtnahme auf die §§. 938, 940, 941 a. b. G. B. folgt, daß jenes Versprechen nur als eine Schenkung angesehen werden kann. Die Auffassung, wonach die A ihren Anspruch als in einem Vergleich, mithin in einem zweiseitig verbindlichen Vertrag begründet darzustellen sucht, vermag hieran nichts zu ändern; denn auch ein von B etwa in der Meinung, der A für die Entehrung zu Schadenersatz verpflichtet zu sein, geschlossener Vergleich würde seiner eigentlichen rechtlichen Natur nach nichts anderes als eine Schenkung gewesen sein, weil damit der A ein Recht unentgeltlich eingeräumt worden wäre, worauf sie keinen Anspruch hatte. Es liegt also nach der Anführung der Klägerin selbst nur ein mündliches Schenkungsversprechen vor, woraus ihr nach §. 943 a. b. G. B. ein Klagrecht nicht erwuchs.

Nachtrag.

Nr. 3200.

Wechselseitiges Testament oder Erbvertrag?

Entsch. vom 24. Mai 1860, Nr. 4018 (Best. des Urtheils des L. G. Wien v. 15. Juli 1859, Nr. 28724, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 10. Jänner 1860, Nr. 11791). G. Z. 1860, Nr. 60.

Im Art. 5 der von B und der M errichteten Ehepacten heißt es: „Ist das wechselseitige Uebereinkommen getroffen, festgesetzt und bestimmt worden, daß der überlebende Theil Universalerbe sein soll." Daran ist ebendort die Beschränkung angefügt, „daß, falls aus der Ehe Kinder vorhanden sein sollten, diesen der gesetzliche Pflichttheil ausgeschieden werden soll". Nach dem Tode der M, die aus der Ehe mit B sechs Kinder zurückließ, entstand ein Erbrechtsconflict zwischen diesen Descendenten, die ein Viertel der Verlassenschaft als gesetzliche Erben und außerdem ihre Pflichttheile in Anspruch nahmen, und dem überlebenden B, welcher auf Grund der Ehepacten den ganzen Nachlaß mit alleinigem Vorbehalt des Pflichttheiles der Kinder beanspruchte. Vom Abhandlungsgerichte zur Uebernahme der Klägerrolle angewiesen, traten die sechs Descendenten gegen B klagend auf und trugen das Erkenntniß an: daß der vorerwähnte Heiratsvertrag bezüglich der im Art. 5 über den künftigen Nachlaß des B und der M enthaltenen Verfügungen ein Erbvertrag im Sinne und mit den Wirkungen der §§. 1249 und 1254 a. b. G. B. sei, daß die von den Klägern abgegebene bedingte Erbserklärung aus dem Gesetze zum vierten Theil der M'schen Verlassenschaft und zu dem außer diesem Viertel ihnen gebührenden Pflichttheil zu Recht bestehe und ihnen nebst dem gegnerischerseits nicht bestrittenen Pflichttheil noch ein reines Viertheil des Nachlasses, worauf weder der ihnen gebührende Pflichttheil noch eine andere Schuld der Verlassenschaft haften darf, zugefallen sei, daß die von B auf Grund des Heiratsvertrages überreichte Erbserklärung zum ganzen Nachlaß, mit alleinigem Vorbehalt des Pflichttheiles der Kläger bezüglich des nach §. 1253 a. b. G. B. der letzten freiwilligen Anordnung vorbehaltenen und in deren Ermangelung den gesetzlichen Erben zufallenden Einen reinen Viertheiles der Verlassenschaft, worauf

weder der Pflichttheil noch eine andere Schuld haften darf, nicht zu Recht bestehe und somit dem Beklagten auf diesen vierten Theil kein Erbrecht zukomme. — Die erste Instanz erkannte nach dem Klagbegehren, das O. L. G. gegen dasselbe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Der (oben angeführte) Wortlaut des Art. 5 der Ehepacten läßt deutlich entnehmen, daß die Brautleute B und M sich den künftigen Nachlaß, resp. für den Fall des Vorhandenseins von Kindern, einen Theil desselben wechselseitig versprochen und das Versprechen wechselseitig angenommen haben, da ja sonst, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, von einem „getroffenen, festgesetzten und bestimmten Uebereinkommen" keine Rede sein könnte. Es muß daher diese Bestimmung des Heiratsvertrages nach §. 1249 a. b. G. B. als ein Erbvertrag anerkannt werden, da er auch mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes versehen ist. Der Umstand, daß im Art. 5 keine Verzichtleistung auf den Widerruf vorkommt, ist ganz unerheblich, weil die Begebung des einseitigen Widerrufes nach §. 1254 a. b. G. B. wohl die Consequenz des geschlossenen Erbvertrages ist, das Gesetz aber nicht vorschreibt, daß eine solche Verzichtleistung, wie bei Schenkungen auf den Todesfall (§. 956), so auch bei Erbverträgen in der Vertragsurkunde selbst enthalten sein müsse. Enthalten nun die Ehepacten einen Erbvertrag, so blieb der M dessenungeachtet kraft des Gesetzes (§. 1253) ein reiner Viertheil ihres Nachlasses, worauf weder der Jemanden gebührende Pflichttheil noch eine andere Schuld haften darf, zur freien letztwilligen Verfügung vorbehalten. Sie hat aber über dieses Viertel nicht letztwillig verfügt; denn die im Art. 5 des erwähnten Vertrages vorkommende Bestimmung, daß, falls aus der Ehe Kinder vorhanden sein würden, denselben der gesetzliche Pflichttheil ausgeschieden werden soll, enthält nichts Anderes als eine Beschränkung des im Erbvertrag von beiden Contrahenten einander zugedachten Nachlasses für jenen Fall, keinesfalls aber eine Verfügung darüber, was mit diesem gesetzlich ihrer freien Verfügung vorbehaltenen Viertheil des Nachlasses zu geschehen habe. Dieser Viertheil fällt daher nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes (§. 1253) nicht dem Beklagten als Vertragserben, obschon im Vertrage die ganze Verlassenschaft versprochen wurde, sondern den gesetzlichen Erben der M, d. i. ihren Kindern, den Klägern, zu, die auch nicht angehalten werden können, sich diesen Vortheil auf den ihnen gebührenden Pflichttheil anrechnen zu lassen, weil nach §. 787 a. b. G. B. nur Dasjenige, was die Notherben durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers aus der Verlassenschaft erhalten, bei der Pflichttheilsbestimmung in Rechnung zu bringen ist, während ihnen hier das fragliche Viertel aus dem Gesetze gebührt.

Nr. 3201.

Unzulässigkeit des Mandatsprocesses bei der Hypothekarklage.

Entsch. v. 5. Juni 1860, Nr. 6262 (Best. der Decr. des L. G. Triest vom 29. Februar 1860, Nr. 1800, und des O. L. G. Triest v. 4. April 1860, Nr. 1284). G. Z. 1869, Nr. 65.

A belangte die B wegen Zahlung von Zinsen seiner bei einem Hause der B intabulirten Forderung und begehrte die Einleitung des Mandatsprocesses, resp. die Erlassung des Zahlungsauftrages.

Von beiden Untergerichten wurde dieses Begehren abgewiesen und der dagegen ergriffene a. o. Recurs des Klägers vom obersten Gerichtshofe in der Erwägung verworfen, daß durch die Verordnung des Just.-Minist. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, die mit der kaiserl. Verordnung v. 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, gegebenen Normen über das Verfahren zur Einbringung der durch notarielle Urkunden bewiesenen Forderungen nun auch auf andere im §. 1 jenes Erlasses näher bezeichnete Fälle ausgedehnt wurden; daß aber sowohl das eine wie das andere der citirten Gesetze nach ihrem Wortverstand und dem zwischen ihnen bestehenden innigen Zusammenhange nur dann Anwendung finden kann, wenn es sich um eine auf Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit gerichtete Klage handelt und zugleich alle Thatsachen, die dem Begehren in der Hauptsache und in den Nebengebühren zu Grunde liegen, entweder durch notarielle Acte oder durch die im §. 1 der Verordnung vom 18. Juli 1859, Nr. 130, bezeichneten Urkunden bewiesen sind; daß jedoch A in seiner Klage für das Bestehen einer persönlichen Verbindlichkeit des B keine Beweisurkunde beigebracht hat, mithin die sein Begehren um Einleitung des Mandatsprocesses abweisenden Entscheidungen der Untergerichte dem Wortlaut und Sinn der erwähnten Gesetze vollkommen entsprechen.

Nr. 3202.

Einfluß des Zwangscurses auf Geldschulden.

Entsch. v. 24. April 1861, Nr. 2332 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 17. Oct. 1860, Nr. 46587, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 15. Jänner 1861, Nr. 13144). G. Z. 1869, Nr. 66.

Auf Grund des Schuldscheines vom 20. Jänner 1841, worin B sich verpflichtete, das von A empfangene Darlehen von 10.000 fl. „in Conventionssilbermünze, und zwar in effectiven Silberzwanzigern mit Ausschluß allen wie immer Namen habenden Papiergeldes“ zurückzuzahlen, wurde er im Jahre 1860 von A auf Zahlung von

10.000 fl. C. M. oder 10.500 fl. ö. W. in effectiven Silberzwanzigern mit Ausschluß jeden Papiergeldes belangt und wendete ein: 1. daß nach dem Gesetze vom 2. Juni 1848, J. G. S. Nr. 1157, der Kläger die Zahlung in Papiergeld nach dem Nennwerthe annehmen müsse und, davon abgesehen, 2. daß das Darlehen ihm nicht in effectiver Silbermünze zugezählt worden sei, und erbot sich, diesen letzteren negativen Umstand durch den rückschiebbaren Haupteid zu beweisen, welcher ihm vom Kläger zurückgeschoben wurde. — Die erste Instanz entschied, daß B die Zahlung im Falle der Abschwörung des Eides nur in Bankvaluta zu leisten habe. Gründe: Ad 1. Was die Minist.-Verordn. vom 2. Juni 1848, J. G. S. Nr. 1157, anbetrifft, so hat allerdings das kaiserl. Patent vom 7. Februar 1856, R. G. Bl. Nr. 21, verfügt, daß es in Ansehung der vor dessen Kundmachung eingegangenen Verbindlichkeiten bei der citirten Min.-Vdg. bis zur gänzlichen Aufhebung des Zwangscurses sein Verbleiben haben soll. Diese Aufhebung ist aber mit der kaiserl. Verordnung vom 26. December 1858, R. G. Bl. Nr. 244, seither erfolgt, indem es im Schlußsatze derselben ausdrücklich heißt: „Dagegen treten v. 2. Jänner 1859 an die Bestimmungen des Patentes v. 2. Juni 1848 in Betreff der auf Conventionsmünze lautenden Noten der österr. Nationalbank außer Kraft.“ Da somit das Gesetz, welches allein zur Zeit der eingegangenen Verpflichtung des Beklagten zur Zurückzahlung des Darlehens in effectiver Silbermünze mit Ausschluß jeden Papiergeldes denselben von der Zurückzahlung in klingender Münze hätte befreien können, nicht mehr besteht, so hätte der Beklagte zur Zahlung des dem Darlehen von 10.000 fl. C. M. entsprechenden Betrages von 10.500 fl. ö. W., und zwar in Silber verurtheilt werden müssen. Allein derselbe machte dagegen ad 2 die Einwendung, daß ihm das Darlehen nicht in effectiver Silbermünze gegeben wurde und trug hierüber dem Kläger den Haupteid auf. Da nach §. 987 a. b. G. B. der Darleiher sich die Zahlung in der „besonderen, von ihm gegebenen Münzsorte“ bedingen kann, so wird es hier darauf ankommen, ob dem B das Darlehen in effectiver Silbermünze auch zugezählt wurde oder nicht, und war daher auf den darüber angebotenen, dem Beklagten zurückgeschobenen Eid zu erkennen. — Das O. L. G. entschied unbedingt, daß der Beklagte die Zahlung, statt in Silbermünze, nur in Banknoten zu leisten habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz und erklärt in den Motiven, daß bei allen Zahlungen aus Verträgen, die vor dem Patente vom 7. Februar 1856, R. G. Bl. Nr. 21, geschlossen wurden, die Banknoten statt Silber angenommen werden müssen, und daß daran der oben citirte Schlußsatz der kaiserl. Verordnung vom 26. December 1858, Nr. 244, umsoweniger etwas geändert habe, als nach §. 4 der kaiserl. Verordnung vom 30. August 1858, Nr. 131, Jedermann die neuen Banknoten österreichischer

Währung in vollem Nennwerthe annehmen muß und der nach §. 5 des Patentes vom 27. April 1858, Nr. 63, die vor dem 1. November entstandenen Verpflichtungen in der neuen österreichischen Währung zu erfüllen vorschreibt.

Nr. 3203.

Rechtliche Wirkung des vorbehaltslosen Antrittes des hinterlassenen Pflichttheiles.

Entsch. v. 15. April 1862, Nr. 2427 (Best. des Decr. des H. G. Triest v. 24. Dec. 1861, Nr. 9182, Abänd. des Decr. des O. L. G. Triest vom 6. Februar 1862, Nr. 321). G. Z. 1869, Nr. 65.

In dem Testamente des M wurden A und B als Erben eingesetzt und den Notherben C, D und E ward der Pflichttheil hinterlassen. A und B haben die Erbschaft unbedingt angetreten und C, D und E bei Gericht die Erklärung abgegeben, daß sie die Verlassenschaft auf Grund des letzten Willens in Bezug auf den ihnen hinterlassenen Pflichttheil ohne Vorbehalt antreten („di adire puramente e liberamente il lascito del. . . . in base alla di lui ultima volontà per la porzione legittima da lui a loro favore disposta"). Im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung begehrte nun ein Erbschaftsgläubiger für seine durch Urtheil liquidirte Forderung gegen sämmtliche vorerwähnte Erbsinteressenten die Pfändung ihrer Mobilien, und insbesondere noch gegen C die executive Eintragung des Pfandrechtes auf dessen Liegenschaften. — Die erste Instanz, welche die Pflichttheilsberechtigten C, D und E, ungeachtet ihrer oben angeführten Erbantrittserklärungen, nicht als vorbehaltslose Erben qualificirte, gab dem Gesuche nur dem A und B gegenüber statt. Der Gläubiger ließ es bei der Abweisung seines Begehrens, soweit es gegen C, D und E auf Mobiliarpfändung gerichtet war, bewenden, und recurrirte nur gegen die Verweigerung der wider den C angesuchten Immobilienexecution, die ihm vom O. L. G. bewilligt wurde.

In Erwägung, daß nach dem Hofdcr. vom 31. Jänner 1844, J. G. S. Nr. 781, den Notherben kein Anspruch auf verhältnißmäßige Antheile an den einzelnen Verlassenschaftssachen, sondern nur auf den nach gerichtlicher Schätzung berechneten Werth ihrer Erbtheile zusteht; daß nach §. 774 a. b. G. B. dem Notherben der Pflichttheil frei von jeder Belastung zukommen muß, somit auch nicht er, sondern nur die unbedingt erklärten Haupterben für die Schulden des Erblassers zu haften haben; daß demnach der dem C an dem Nachlasse des M gebührende Pflichttheil, sowohl den Haupterben wie den Verlassenschaftsgläubigern gegenüber vielmehr als das Legat einer bestimmten, dermalen noch nicht ausgemittelten Geldsumme erscheint;

daß in Folge des unbedingten Erbantrittes der Haupterben A und B vom Abhandlungsgerichte mit Decret vom .... nur diesen der einstweilige Besitz und die Verwaltung des Nachlasses eingeräumt wurde, und nur sie als Repräsentanten des Erblassers M angesehen werden können; daß folglich der gleichzeitig von C, D und E erklärte unbedingte Antritt des ihnen von M hinterlassenen Pflichttheiles keinen anderen Sinn haben konnte als jenen, daß sie sich mit diesem Pflichttheile begnügen, nicht auf Errichtung des Inventars dringen, sondern der eidesstättigen Angabe des Nachlasses von Seite der Haupterben A und B Vertrauen schenken wollen, weshalb sie denn auch mit Decret der Abhandlungsbehörde vom......angewiesen wurden, diesen Verlassenschaftsausweis gemeinschaftlich mit den Haupterben zu überreichen, hat der oberste Gerichtshof auf den Recurs des C den die Immobiliarpfändung gegen denselben verweigernden Bescheid der ersten Instanz bestätigt.

Nr. 3204.

Sicherstellung des Nutzgenusses des überlebenden Ehegatten nach §. 812 a. b. G. B.

Entsch. v. 6. Mai 1862, Nr. 2811 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Venedig v. 20. Jänner 1862, Nr. 25718 und des O. L. G. Venedig v. 22. Februar 1862, Nr. 3577). G. Z. 1869, Nr. 69.

Das von beiden Untergerichten abgewiesene Gesuch, worin A, als der nach dem Gesetze zum Nutzgenuß eines Viertels der ohne Testament mit Kindern verstorbenen M berufene Ehegatte derselben im Sinne des §. 812 a. b. G. B. die Separation des Nachlasses vom Vermögen der Erben begehrte, wurde vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen bewilligt: Wenngleich im §. 812 a. b. G. B. nur vom Erbschaftsgläubiger, Legatar und Notherben die Rede ist, so ergibt sich doch aus dem Geiste desselben, daß das Gesetz die darin bezeichneten Sicherstellungsmittel allen Personen einzuräumen beabsichtigte, die gegen die Verlassenschaft einen Anspruch haben; und als ein gesetzlicher Anspruch gegen den Nachlaß erscheint jedenfalls auch das in Rede stehende Fruchtgenußrecht, wie immer man seine juristische Natur auffassen mag. — Daß Derjenige, welchem ein Fruchtgenuß an dem Nachlasse durch letzten Willen zugedacht worden ist, die Sicherstellung im Sinne des §. 812 fordern könne, steht außer Zweifel, weil der auf solche Art Honorirte nach §. 480 im Zusammenhange mit §. 535 a. b. G. B. ein wahrer Legatar ist: dann aber läßt sich nicht einsehen, weshalb dieses Sicherstellungsmittel Demjenigen, welcher den Fruchtgenuß an der Verlassenschaft ex lege erworben hat, vorenthalten werden soll, da doch in beiden Fällen das sicherzustellende

Recht ein und dasselbe ist, und in gleicher Weise der aus der Vermengung mit dem Vermögen des Erben drohenden Gefahr ausgesetzt sein kann.

Nr. 3205.

Unzulässigkeit des Mandatsprocesses bei der Hypothekarklage.

Entsch. v. 7. Mai 1862, Nr. 2920 (Best. des das Decr. des L. G. Mantua v. 14. Dec. 1861, Nr. 8340, abänd. Decr. des O. L. G. Venedig vom 11. Februar 1862, Nr. 2868). G. Z. 1869, Nr. 65.

Entscheidung und Motive stimmen mit der unter Nr. 3201 dieser Sammlung mitgetheilten Entsch. vom 5. Juni 1860, Nr. 6262 überein.

Nr. 3206.

Unzulässigkeit neuer Executionen nach der Feilbietung des Grundstückes.

Entsch. v. 9. Sept. 1862, Nr. 5750 (Best. der Decr. des B. G. Karolinenthal v. 26. Dec. 1861, Nr. 20712 und des O. L. G. Prag v. 20. Mai 1862, Nr. 8837). G. Z. 1869, Nr. 68.

Nr. 3207.

Vollstreckbarkeit im Auslande (in Preußen) gefällter Schiedssprüche.

Entsch. v. 11. Sept. 1862, Nr. 6040 (Best. des Decr. des H. G. Prag v. 15. Mai 1862, Nr. 15893, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 30. Juni 1862, Nr. 12212). G. Z. 1868, Nr. 2.

In einem schriftlichen Kaufvertrage hatten sich die contrahirenden Handelsleute A in Breslau und B in Prag für die aus dem Geschäfte etwa entstehenden Streitigkeiten der Breslauer Börsencommission als Schiedsgericht unterworfen, bei welcher denn auch der Verkäufer A den Käufer B wegen Nichterfüllung des Vertrages auf Schadenersatz belangte und das seiner Forderung stattgebende Erkenntniß erwirkte. Mit Vorlage desselben begehrte A beim Handelsgerichte in Prag im Executionswege die Pfändung der Mobilien des Letzteren. — Dieses in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde von dem O. L. G. abgewiesen, „weil die Execution gegen einen österreichischen Staatsbürger auf Grund eines im Königreiche Preußen geschöpften schiedsrichterlichen

Erkenntnisses begehrt wird, der Executionsführer aber den ihm nach §. 33 a. b. G. B. obliegenden Beweis nicht geliefert hat, daß den hierländigen Staatsbürgern auch in Preußen gegen einen dortigen Unterthan die Execution auf Grund der in Oesterreich geschöpften schiedsrichterlichen Erkenntnisse ertheilt werde".

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung. Gründe: Zuvörderst ist mit Rücksicht auf die Vorschrift der Resolution vom 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489, lit. qq. unzweifelhaft, daß nicht das Schiedsgericht, sondern das ordentliche Gericht des Sachfälligen die Execution zu ertheilen hat, weil die Parteien in dem von ihnen geschlossenen Vertrag nur dem Urtheile des darin bestimmten Schiedsgerichtes und nicht auch für die Execution diesem Schiedsgerichte sich unterworfen haben. Das ordentliche Gericht des B. als welches hier das H. G. Prag erscheint, hat aber nach §. 33 a. b. G. B. keinen Grund, seine Amtshandlung zu versagen, weil das Hofdecr. vom 4. August 1840, J. G. S. Nr. 460, die Vollstreckung der Urtheile der preußischen Gerichte ganz allgemein zuläßt, wenn nicht Bedenken gegen die Competenz eintreten. Solche Bedenken treten aber hier nicht ein, weil auch nach österreichischem Gesetze ein schiedsrichterliches rechtskräftiges Urtheil vollstreckbar ist und der Beweis vorliegt, daß B dem Schiedsspruche der Breslauer Börsencommission sich unterworfen hat. Da ferner das gehörig legalisirte Original des Schiedsspruches und der demselben bezüglich des Schuldbetrages ergänzenden Calculation vorliegt, und durch die legalisirte Erklärung der Breslauer Handelskammer auch die Rechtskraft des Laudum nachgewiesen ist, so unterliegt die Bewilligung der angesuchten Execution keinem gesetzlichen Anstande.

Nr. 3208.

Sequestration des Streitobjectes: Gefahr?

Entsch. v. 21. Oct. 1862, Nr. 7104 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Krzeszowice v. 12. Jänner 1862, Nr. 1982 und des O. L. G. Krakau v. 29. Juli 1862, Nr. 9602). G. H. 1863, S. 247.

In Erwägung, daß das Gesuch der Gutsherrschaft A um Bewilligung der Sequestration der auf dem Grundstücke des B vorfindigen feuerfesten Thonerde sich lediglich darauf stützt, daß die A gegen B die Klage pto. Anerkennung des Rechtes zur Aufsuchung und Ausbeutung der feuerfesten Thonerde auf dem besagten Grundstücke angestellt hat und daß ihr durch die Ausbeutung der Erde von Seite des B während des Processes eine Gefahr droht; daß aber nach §. 388 westgal. G. O. zur Sequestration nur die Gefahr der Veräußerung oder Beschädigung des Sequestrationsobjectes durch den

Beklagten berechtigt, mithin die Gefahr auf die Substanz und den Mißbrauch der Sache, nicht etwa blos auf die aus dem ordnungsmäßigen Gebrauche derselben entstehenden Nutzungen sich beziehen muß; und daß im vorliegenden Falle B durch die gewöhnliche ordentliche Ausbeute der Thonerde auf eigenem Grunde und Boden nur von seinem Eigenthumsrechte einen gesetzmäßigen Gebrauch macht — hat der oberste Gerichtshof das von beiden Untergerichten bewilligte Gesuch der A um Sequestration der Thonerde auf dem Grundstücke des B abgewiesen.

Nr. 3209.

Bestandstreitigkeit: Beweislast hinsichtlich der Dauer der Miethe.

Entsch. v. 30. Dec. 1862, Nr. 8839 (Best. des das Urth. des B. G. Biala v. 17. Sept. 1862, Nr. 3968, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau vom 28. Oct. 1862, Nr. 14083). G. H. 1868, S. 360.

A kündigte dem B die angeblich auf unbestimmte Zeit geschlossene Hausmiethe drei Monate vor Ablauf des ersten Jahres (§. 2, lit. c der kaiserl. Verordnung v. 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213). B bestritt die Aufkündigung mit der Anführung, daß die Miethe auf drei Jahre geschlossen wurde. Beide Parteien deferirten einander den Haupteid zum Beweis ihrer widerstreitenden Angaben über die Miethzeit, und es handelte sich im Processe nur um die Frage der Beweislast. — Das Gericht erster Instanz war der Ansicht, daß die Anführung des A (Unbestimmtheit der Miethzeit) zu beweisen sei und erkannte auf den von ihm deferirten Haupteid; das O. L. G., der entgegengesetzten Ueberzeugung folgend, erkannte auf den von B aufgetragenen Eid.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Der Ansicht des O. L. G., wonach dem B der Beweis seiner Anführung obliegt, muß beigepflichtet werden. Denn im §. 4 der kaiserl. Verordnung vom 16. November 1858, Nr. 213, wird von dem Aufkündiger nur die Angabe des Gegenstandes und des Rechtsgrundes der Kündigung, nicht aber auch der Beweis des letzteren gefordert und die dagegen anzubringenden Einwendungen sind nach §. 12 ebendort als Klage zu behandeln. Hieraus ergibt sich, daß die Aufkündigung die Qualität einer Aufforderung hat und daß dem Gegner (Aufgeforderten), wie jedem anderen Kläger obliegt, sein Recht, Bestandrecht, zu beweisen. Die Wälzung des Beweises vom Gegentheile auf A würde sowohl gegen den Grundsatz des §. 170 westg. G. O., wonach das angeführte Factum von Demjenigen, der es anführt, hier von B, der die dreijährige Miethe behauptet, bewiesen werden muß, als auch gegen die durch §. 362 a. b. G. B. geschützte

Freiheit des Verfügungsrechtes des Eigenthümers A verstoßen, wogegen der Miether B sich durch den Besitz der Miethsache und die hiedurch erfolgte Einschränkung des Eigenthümers nicht schützen kann, weil diese Einschränkung sich auch nur soweit erstrecken kann, als sie eben bewiesen ist.

Nr. 3210.

Rückwirkende Kraft der Erbfolgegesetze.

Entsch. v. 11. Februar 1863, Nr. 957 (Best. des Urth. des B. G. Krzeszowice v. 8. Mai 1862, Nr. 574, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau vom 10. Nov. 1862, Nr. 12202). G. H. 1868, S. 190.

Nachdem der in einem untheilbaren Bauerngute bestehende Nachlaß des im Jahre 1846 ohne Testament verstorbenen M seinen vier Kindern mit Decret vom Jahre 1861 zu gleichen Antheilen eingeantwortet worden war, belangte A als Uebernehmer der Erbrechte von zwei Descendenten, die Miterben B und C mit dem Klagbegehren, daß die Bauernwirthschaft öffentlich zu versteigern und das Meistgebot unter den Erbberechtigten nach Maßgabe ihrer Portionen zu vertheilen sei. — Die erste Instanz erkannte nach dem Klagbegehren. Das O. L. G. war mit Rücksichtnahme auf die erst 1861 geschehene Einantwortung der Ansicht, daß die Ministerialverordnung vom 2. November 1855 (Nr. 1, R. G. Bl. 1856), anzuwenden sei, welche die in Galizien giltigen Vorschriften der Erbfolge in Bauerngütern auf das Großherzogthum Krakau ausgedehnt und verordnet hat, daß dieselben vom 29. September 1855, als dem Tage, an welchem das a. b. G. B. in gesetzliche Kraft getreten ist, in Wirksamkeit zu treten haben (Zutheilung des Bauerngutes an den ältesten Sohn mit der Verpflichtung, die Miterben zu befriedigen). Demnach erkannte das O. L. G., ohne sich an das Klagebegehren zu halten, daß die von M hinterlassene Bauernwirthschaft sein ältester Sohn (der erstbeklagte) B, gegen Auszahlung der im Einantwortungsdecrete den übrigen Erben zugewiesenen Erbtheile, und zwar an den Kläger als Rechtsnehmer von zwei Erben und an den mitbeklagten C nach vorgängiger gerichtlicher Schätzung zu übernehmen habe. — Gegen dieses Urtheil ergriff A die Nichtigkeits- und Revisionsbeschwerde.

Der oberste Gerichtshof hielt die Nichtigkeitsbeschwerde für nicht gegründet, weil durch den, allerdings gegen die Norm des §. 325 westgal. G. O. abgefaßten Spruch der zweiten Instanz implicite und in dessen Motiven ausdrücklich das Klagbegehren um licitatorische Veräußerung des Gutes und Vertheilung des Kaufschillings unter den Erben abgewiesen worden ist. In merito bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Da M noch unter der Herrschaft des französischen Gesetzes im Krakauer Gebiete

gestorben ist, so sind für die Erbfolge die Bestimmungen jenes Gesetzes maßgebend (Art. 815, 826, 827 des Code Napoléon) und denselben entsprechend erfolgte auch im Jahre 1861 die gerichtliche Einantwortung der Bauernwirthschaft, und zwar nicht an B allein, mit der Verpflichtung zur Abfertigung der übrigen Descendenten, sondern an alle Nachfolger des M zu gleichen Theilen. Die vom O. L. G. angerufene Ministerialverordnung vom 2. November 1855 kann nach ihrer ausdrücklichen Fassung nur auf die künftigen, nicht auf vorangegangene Todesfälle angewendet werden. Da somit alle Erben des M gemeinschaftliche Theilhaber der Bauernwirthschaft sind, so steht Jedem von ihnen nach §. 830 a. b. G. B. das Recht zu, die Aufhebung der Gemeinschaft durch den licitatorischen Verkauf derselben herbeizuführen.

Nr. 3211.

Meistgebotsvertheilung: Anfangspunkt für die Berechnung des dreijährigen Zinsenrückstandes.

Entsch. v. 18. März 1863, Nr. 1644 (Best. des Decr. des B. G. Tolmein v. 28. Mai 1862, Nr. 1816, Abänd. des Decr. des O. L. G. Triest vom 17. Sept. 1862, Nr. 2760). G. Z. 1869, Nr. 64.

Bei der Vertheilung des Erlöses der executiven Feilbietung einer Liegenschaft wurde die Priorität eines Satzcapitals in erster Instanz den dreijährigen Zinsen vom Tage des kundgemachten Versteigerungsedictes ab, in zweiter Instanz hingegen nur den dreijährigen Zinsen vom Tage der Verhandlung über die Meistgebotsvertheilung eingeräumt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung und bemerkte in den Motiven: Es war unrichtig, bei der fraglichen Berechnung als Anfangspunkt den Tag des Liquidirungsprotokolles zu Grunde zu legen, und im Sinne der §§. 5 und 18 Concursordnung, §. 437 a. G. O. und §. 450 a. b. G. B. vielmehr der Tag der Kundmachung des Feilbietungsedictes zur Richtschnur zu nehmen, an welchem Tage eben — wie beim Concurs — die im Zuge befindliche Execution bekannt wurde und die Wirkung eintrat, daß gerichtliche Schritte anderer Pfandgläubiger theils unzulässig, theils überflüssig gewesen wären.

Nr. 3212.
Exceptio rei judicatae im Hauptprocesse.

Entsch. v. 23. Februar 1864, Nr. 1004 (Best. des das Urth. der Prätur Triest v. 8. Jänner 1863, Nr. 2574, abänd. Urth. des O. L. G. Zara v. 30. Juli 1863, Nr. 2479). G. Z. 1869, Nr. 66.

In dem mündlich verhandelten Processe des A gegen B puncto Uebergabe eines Grundstückes brachte der Beklagte in der Duplik die exc. rei judicatae vor. Mit Berufung auf den §. 35 westgal. G. O., wonach diese Einrede im Präjudicialwege mittelst besonderen Gesuches anzubringen und eine besondere Verhandlung darüber zu pflegen gewesen wäre, ließ das Gericht erster Instanz dieselbe unberücksichtigt und erkannte in merito auf einen Zeugenbeweis. — In Erwägung, daß gemäß §. 35 westg. G. O. die Partei nur befugt, nicht verpflichtet ist, die exc. rei judicatae mit besonderem Gesuche vor ihrer Einrede anzubringen, mithin die Nichteinleitung eines solchen abgesonderten Verfahrens das nach §. 6 ebendort der Partei zustehende Recht, jene Einwendung entgegenzusetzen, nicht zerstört; daß in dem vorliegenden Falle, wo der Kläger selbst erst in der Replik den Rechtsgrund seines Klaganspruches (Vertrag vom 4. Februar 1850) allegirt hat, dem Beklagten die Vorschützung der exc. rei judicatae vor der Duplik gar nicht möglich war, da er erst durch die Producirung der Vertragsurkunde von Seite des Gegners in die Lage gesetzt wurde, feststellen zu können, daß es sich hier um den nämlichen Vertrag wie in dem früheren Processe handelt; daß somit die in der Duplik erhobene Einwendung als mit proceßrechtlicher Wirkung und rechtzeitig vorgebracht anzusehen ist, weil einerseits das verspätete Anbringen derselben durch eine Unterlassung des Klägers verschuldet wurde und andererseits im mündlichen Processe dem Richter die Verpflichtung obliegt, dafür zu sorgen, daß die Parteien durch Formmängel in ihrer Vertheidigung nicht verkürzt werden, hat sich das O. L. G. auf die Untersuchung der vorgeschützten exc. rei judicatae eingelassen, und da es dieselbe als begründet erkannte, das Klagbegehren abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz mit Berufung auf die Motive derselben.

Nr. 3213.
Execution zur Sicherstellung: Sequestration der Früchte des dem Executionsführer bereits verpfändeten Gutes.

Entsch. v. 5. Juli 1864, Nr. 4330 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Brünn v. 4. März 1864, Nr. 1524 und des O. L. G. Brünn vom 12. April 1864, Nr. 3394). G. Z. 1868, Nr. 54.

Auf Grund eines Zahlungsbefehles wurde nach §. 4 der J. M. V. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, die Execution zur Sicher-

stellung mittelst Sequestration der Früchte und Pachterträge des dem Kläger bereits verpfändeten Landgutes des Schuldners von beiden Untergerichten bewilligt und der dagegen ergriffene Revisionsrecurs vom obersten Gerichtshof aus folgenden Gründen abgewiesen: Der §. 4 der Justizministerialverordnung vom 18. Juli 1859, Nr. 130, gestattet die Execution zur Sicherstellung durch Pfändung und Schätzung oder durch Sequestration der gepfändeten Sachen mit dem Beisatze, daß diese Executionsarten gleichzeitig zulässig seien. Es kann also, wenn erst in Folge des Zahlungsbefehles die Forderung auf einer Liegenschaft intabulirt wird, die letztere zugleich auch sequestrirt werden und zwar ohne Rücksicht darauf, ob durch die Intabulation die Forderung hinreichend sichergestellt ist oder nicht, weil das Gesetz in dieser Richtung keinen Unterschied macht. Hienach scheint es, daß auch in dem Falle, wo die Intabulation schon früher erwirkt worden war, die Sequestration der Pfandsache ohne Rücksicht auf die Zulänglichkeit des Pfandes bewilligt werden könne und daß die letzte Bestimmung des citirten Paragraphes, wonach in dem Falle eines schon bestellten Pfandes die Execution zur Sicherstellung nur bei Unzulänglichkeit derselben zulässig ist, nur auf die Execution mittelst Pfändung und Schätzung bezogen werden dürfe, weil sonst der Paragraph in sich einen Widerspruch enthalten würde. Diese Auslegung steht auch im Einklang mit dem §. 458 a. b. G. B., wonach die Unzulänglichkeit des bereits bestellten Pfandes nur dann vorliegen muß, wenn es sich um die Bestellung eines neuen Pfandes handelt — ein Fall, der nicht eintritt, wenn die bereits verpfändete Sache sequestrirt werden soll, weil mit der Sequestration kein neues Pfand entsteht, sondern nur das ad corpus et fructus der Pfandsache bereits bestehende Pfandrecht auch auf die letztere wirksam gemacht wird.

Nr. 3214.

Actio pigneraticia directa: Anspruch auf Rückstellung der Pfandsache gegen Zahlung der Pfandschuld.

Entsch. v. 4. August 1864, Nr. 5635 (Best. des das Urth. des B. G. Stanislau v. 23. Sept. 1863, Nr. 5440, abänd. Urth. des O. L. G. Lemberg v. 17. Februar 1864, Nr. 32682). Gerichtsbote 1868, Nr. 19.

In der Klage des A wider B auf Zurückstellung eines dem Letzteren verpfändeten Pferdes gegen Zahlung der bezüglichen Schuld von 30 fl. wurde angeführt, daß der Kläger dem Beklagten die Zahlung der 30 fl., um das Pferd zurückzubekommen, vorlängst angeboten, der Letztere aber die Herausgabe der Pfandsache ohne Grund verweigert habe. Diese Umstände stellte der Beklagte in Abrede. — Das Gericht erster Instanz verwarf das Klagbegehren aus folgenden

Gründen: Nach §. 1369 a. b. G. B. ist der Pfandnehmer nicht schuldig, das Hauptpfand zurückzustellen, ehe er vom Pfandgeber befriedigt wurde. Da nun A seine Schuld dem B nicht zurückgezahlt und den Betrag derselben auch nicht gemäß §. 1425 a. b. G. B., aus dem Grunde der verweigerten Annahme, bei Gericht niedergelegt hat, so kann er die Herausgabe des verpfändeten Pferdes von B nicht fordern. — Das O. L. G. erkannte nach dem Klagbegehren. Gründe: Wenn es auch seine volle Richtigkeit hat, daß der Pfandnehmer das Pfand nur gegen Zahlung der Schuld zurückzustellen verpflichtet ist, so ist es andererseits nicht minder richtig, daß nach §. 469 a. b. G. B. der Pfandgeber zur Tilgung der Schuld nur gegen dem verbunden ist, daß ihm die Pfandsache zugleich zurückgestellt wird. Der Kläger A war daher nach dem Gesetze vollkommen berechtigt, die Restitution des Pfandes gegen Zahlung seiner Schuld zu fordern und darauf ist eben sein Klagbegehren gestellt. Der unterlassene Erlag des Schuldbetrages bei Gericht vermag das angefochtene Urtheil der ersten Instanz nicht zu rechtfertigen, da nach §. 1052 a. b. G. B. die erklärte Bereitwilligkeit zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit vollständig genügt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz und bemerkte in seinen Motiven: Die Einwendung des B, daß er zur Restitution des Pfandes vor Empfang der durch dasselbe versicherten Darlehenssumme nach §. 1369 a. b. G. B. nicht verpflichtet war, ist durch §. 469 entkräftet, wonach der Pfandgeber zur Zahlung seiner Schuld nur gegen gleichzeitigen Empfang des Pfandes verbunden ist. Beide gesetzlichen Bestimmungen können neben einander bestehen und sie sind in dem obergerichtlichen, vom Kläger selbst beantragten Erkenntnisse vermittelt, welches den Beklagten zur Herausgabe der Pfandsache nur gegen Zahlung des Forderungsbetrages verurtheilt.

Nr. 3215.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Entgeltliche Einräumung der Benutzung eines Kirchenbesitzes.

Entsch. v. 15. Sept. 1864, Nr. 7053 (Best. des das Urth. des B. G. Mahrenberg v. 13. Juni 1864, Nr. 1488, aufheb. Decr. des O. L. G. Graz v. 27. Juli 1864, Nr. 6818). G. Z. 1869, Nr. 70.

Auf die Klage des A wider B, Dechant der Pfarrkirche zu X, wurde von der ersten Instanz in contumaciam des Letzteren dem Klagbegehren gemäß erkannt, daß B schuldig sei, dem A gegenüber den am 21. Juli 1862 mündlich geschlossenen Vertrag, wodurch er

demselben das Benutzungsrecht der von seinem Schwiegervater innegehabten Kirchenstühle im Oratorium der Pfarrkirche zu X um den Preis von 10 fl. verkauft hat, zuzuhalten und dem A das Benutzungsrecht der Kirchenstühle einzuräumen. — In Folge der Appellation des Beklagten hat das O. L. G. aus den nachstehenden Gründen das erstgerichtliche Urtheil nebst dem vorausgegangenen Verfahren aufgehoben und den A mit seinem Begehren vom Civilrechtsweg an die kirchliche Behörde gewiesen. Die Benutzung von Kirchenstühlen während des Gottesdienstes ist kein Gegenstand gemeinrechtlichen Verkehres. Wenn von Kirchenvorstehern auch gegen Entgeld die ausschließliche Benutzung einzelnen Personen überlassen wird, so entsteht daraus noch kein privatrechtliches Verhältniß zwischen dem Kirchenvorsteher und den einzelnen Personen, weil jede Ueberlassung stets nach den höheren Rücksichten der Kirchendisciplin beurtheilt werden und daher aus deren Gründen widerrufbar sein muß. Deshalb kann über die Frage: ob Jemand ein Privatrecht, also ein im Executionsweg durchführbares Recht habe, von dem betreffenden Pfarrer die Einräumung eines Kirchenstuhles zur ausschließlichen Benutzung während des Gottesdienstes zu verlangen, von dem Civilrichter nicht verhandelt und von ihm darüber nicht entschieden werden. Verhandlung und Entscheidung darüber steht nur den Behörden zu, die über Kirchendisciplin und Kirchenverwaltung zu entscheiden haben. Da sonach die Klage des A gegen den Dechant B pto. Ueberlassung von Kirchenstühlen nicht hätte angenommen und darüber nicht verhandelt werden sollen, da nach §. 1 der J. N. der Richter in den Fällen offenbarer Unzuständigkeit die Parteien von Amtswegen zurückweisen muß und nach dem Hofdcr. vom 28. October 1815, Nr. 1187 und 5. October 1816, Nr. 1285 der J. G. S. die gerichtliche Verhandlung und Entscheidung über einen nicht auf den Rechtsweg gehörenden Gegenstand eine Nullität begründet, so wurde nach §§. 264 und 265 a. G. O. u. s. w.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz aus deren Gründen.

Nr. 3216.

Zulässigkeit des Beweises der Simulirtheit eines schriftlich geschlossenen Vertrages.

Entsch. v. 28. Dec. 1864, Nr. 9541 (Best. des Urth. des L. G. Krakau v. 9. Juni 1864, Nr. 6235, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau v. 13. Sept. 1864, Nr. 10735). G. H. 1868, S. 312.

Die Klage der Erben des A wider dessen Witwe B pto. Ungiltigkeit des schriftlich geschlossenen Verkaufes einer Liegenschaft des A an die Beklagte und Löschung der Eintragung ihres Eigenthums, war

auf die Simulation des Kaufvertrages gegründet, welche die Kläger durch den mittelst Zeugen angebotenen Beweis der von A und B getroffenen Verabredung des Scheinkaufes, um die Liegenschaft der Belastung durch Gläubiger des A zu entziehen, darthun wollten. Diese in erster Instanz zugelassene Beweisführung wurde vom O. L. G. mit Berufung auf §. 887 a. b. G. B. ausgeschlossen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Interlocut der ersten Instanz. Gründe: Der Scheinvertrag selbst kann die Bekräftigung, daß er nur zum Schein geschlossen wurde, nicht enthalten; er setzt vielmehr voraus, daß das eigentliche Geschäft, welches er verhüllen soll, auf einer besonderen Verabredung beruht. Es ist daher selbstverständlich die Anwendung des §. 887 a. b. G. B. ausgeschlossen.

Nr. 3217.

Abschluß eines Kaufvertrages unter dem Vorbehalte der Erlangung einer gewissen Concession.

Entsch. v. 7. Juni 1865, Nr. 4538 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 2. August 1864, Nr. 36147 und des O. L. G. Wien v. 22. März 1865, Nr. 1666). G. H. 1868, S. 245.

Den israelitischen Holzhändlern A, welche im März 1859 von B ein Haus in der Leopoldstadt zu Wien nebst Gartengrund gekauft hatten, behändigte B über das mündlich geschlossene Geschäft ein vom 9. März 1859 datirtes Schreiben folgenden Inhaltes: „Sie haben mir heute als Angabe auf den Ihnen für 19.500 fl. verkauften Gartengrund sammt Haus den Betrag von 100 fl. mit dem Vorbehalt eingehändigt, daß Sie die Concession zur Aufstellung von Brennhölzern erlangen, und werden wir nach Erlangung derselben den diesfälligen Vertrag unserer mündlichen Besprechung gemäß durch Herrn Dr. N in gegenseitigem Einverständnisse anfertigen lassen; im Falle der Nichterlangung der Concession habe ich die Angabe zu retourniren und ist der Verkauf ungiltig.“ Auf ihr erstes Einschreiten wurde den Käufern die Concession versagt, worauf sie den B um Rückstellung des Angeldes belangten, jedoch, da er sich dessen weigerte, von der Klage zurücktraten. Ihr wiederholtes Gesuch um die Concession hatte Erfolg, und nun belangten sie, im Jahre 1862, den B auf Erfüllung des Kaufes, resp. auf Herausgabe der Liegenschaft, Ausstellung der Intabulationsbewilligung und Errichtung der Kaufsurkunde. In Folge der dagegen vorgebrachten Einwendungen B handelte es sich um die zwei Fragen: 1. Ob der in obigem Schreiben des Beklagten erwähnte Vorbehalt als eine verneinende Resolutiv-Bedingung, wie B behauptete, oder als eine lediglich zu Gunsten der Käufer aufgenommene

Bestimmung, von der sie somit beliebig Abstand nehmen konnten, aufzufassen sei. 2. Ob der Beklagte aus dem Grunde, weil die Kläger im Jahre 1859 noch nicht besitzfähig waren, berechtigt sei, den Vertrag anzufechten. — Beide Untergerichte haben die Klage abgewiesen; die erste Instanz beantwortete beide Fragen zu Gunsten des Beklagten, während das O. L. G., ohne sich mit der zweiten Frage zu befassen, die Abweisung der Kläger lediglich auf die im gleichen Sinne lautende Entscheidung der ersten Frage gründete.

Gegen diese Urtheile ergriffen die Kläger die a. o. Revisionsbeschwerde, welche vom obersten Gerichtshofe aus den nachstehenden Gründen verworfen wurde: Abgesehen davon, daß die Kläger nach den zur Zeit des Uebereinkommens vom 9. März 1859 bestandenen Gesetzen die Liegenschaft des Beklagten gar nicht erwerben konnten, haben sie durch die Anstellung ihrer ersten Klage gegen B selbst anerkannt, daß es von dem verabredeten Kauf, weil dessen Giltigkeit von der Erlangung der Concession zur Aufstellung von Brennhölzern abhängig und den Klägern die Concession abgeschlagen worden war, abgekommen sei. Sie können daher nicht willkürlich nunmehr wieder die Giltigkeit des Kaufes behaupten. Mag auch jene Bedingung zunächst in ihrem Interesse gesetzt worden sein, so lag es doch auch jedenfalls in jenem des Verkäufers, daß die Frage der Giltigkeit des Vertrages nicht auf unbestimmte Zeit in Schwebe bleibe; und in der That erscheint auch am Schlusse des Schreibens des Beklagten für den Fall, daß die Kläger die Concession nicht erlangen — was sofort von ihnen zur Entscheidung gebracht werden konnte und mußte, — die Ungiltigkeit des Geschäftes überhaupt, nicht blos das Rücktrittsrecht der Kläger ausgesprochen. Immerhin war mit dem durch die Zurückforderung der Angabe (in der ersten Klage) erklärten Rücktritt der Kläger vom Vertrag der Beklagte jeder weiteren Verbindlichkeit enthoben und in die rechtliche Lage versetzt, mit seinem Haus und Gartengrund anderweitig zu verfügen, wonach der Umstand, daß es nach ein paar Jahren den Klägern dennoch gelang, auf erneuertes Einschreiten eine ähnliche Concession zu erhalten, ihnen nicht das Recht geben kann, nunmehr die Kaufsabrede vom 9. März 1859, als eine nicht ungiltig gewordene, für sich anzurufen.

Nr. 3218.

Anticipative theilweise Erfüllung eines Vertrages, dessen Errichtung in schriftlicher Form verabredet wurde.

Entsch. v. 20. Sept. 1865, Nr. 6926 (Best. des das Urth. des B. G. Wojnicz v. 27. April 1865, Nr. 967, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 21. Juni 1865, Nr. 8117). G. H. 1867, S. 356.

Die A hatte mit B mündlich das Uebereinkommen auf Pachtung ihres Meierhofes durch den Letzteren getroffen; es wurde hiebei so-

wohl das Pachtobject wie der Pachtschilling bestimmt, jedoch ausdrücklich die Errichtung eines schriftlichen Vertrages verabredet. In der Voraussetzung, daß der schriftliche Vertrag zu Stande kommen werde, nahm die A von B den ersten Pachtschilling und die Pachtcaution in Empfang und ihr Gatte übergab in ihrer Abwesenheit dem B einen Theil der gepachteten Liegenschaft. Da die Vertragsurkunde in der von den Parteien gleichfalls festgesetzten Frist nicht errichtet worden war, belangte die A den B auf Zurückstellung der ihm übergebenen Grundstücke; B berief sich zu seiner Vertheidigung auf obige Thatsachen, die nach seiner Meinung den wirklichen Pachtvertrag ohne die Urkunde begründet haben.

Der oberste Gerichtshof erkannte nach dem Klagbegehren. Gründe: Nach §. 884 a. b. G. B. ist der Vertrag nicht als geschlossen anzusehen; die Annahme des Pachtzinses und der Caution geschah aber von Seite der Klägerin nur in der Voraussetzung, daß der Vertrag in der stipulirten Weise, schriftlich, zu Stande kommen werde. Auch leugnete sie, ihren Ehegatten zur Uebergabe der Pachtgründe bevollmächtigt zu haben; es oblag daher dem B der von ihm nicht geführte Beweis dieser Bevollmächtigung umsomehr, da die Klägerin selbst mit ihm den Pachtvertrag um den Meierhof verabredete und dadurch zu erkennen gab, daß ihr Gatte dieses Object ihres Vermögens nicht zu verwalten hatte.

Nr. 3219.

Unzulässigkeit des dem Deferenten zurückgeschobenen Haupteides zum Beweis von Thatsachen, welche ein von ihm geführter Zeuge in Abrede gestellt hat.

Entsch. v. 16. Jänner 1866, Nr. 10971 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 10. Oct. 1865, Nr. 118499, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 22. Nov. 1865, Nr. 18966). G. Z. 1868, Nr. 70. Gazz. dei Trib. 1868, Nr. 37 und 38.

A hatte auf Grund eines von den Brüdern X an ihn girirten Wechsels gegen den Acceptanten B die Zahlungsauflage von 1500 fl. erwirkt. B wendete ein, daß er den Wechsel nur aus Gefälligkeit, ohne eine Valuta erhalten zu haben, für die Firma „Brüder X" acceptirt, und diese Firma sich verpflichtet habe, selbst den Wechsel einzulösen, und daß der Wechsel dem A von den Brüdern X nur zum Scheine, mit dem Auftrage, ihn einzuklagen, girirt worden, daher A nur Bevollmächtigter derselben, er, B, aber befugt sei, seine Einwendungen wider die Brüder X auch ihm entgegenzusetzen. Ueber diese Umstände erbot sich B zum Beweis durch die zwei Mitglieder der

Firma „Brüder X" als Zeugen und trug auch den Haupteid auf. Von den beiden Zeugen wußte der Eine nichts Erhebliches auszusagen, wogegen der Andere bestimmt in Abrede stellte, daß der vorliegende über eine Buchschuld ausgestellte Wechsel ein Gefälligkeitswechsel sei, sowie daß derselbe blos zum Scheine an A girirt wurde, indem dieser vielmehr im Escomptewege ihn an sich gebracht habe. — Die erste Instanz erkannte nun auf den dem Beklagten zurückgeschobenen Haupteid. Das O. L. G. hielt die Zahlungsauflage unbedingt aufrecht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil. Gründe: Durch die Aussage des vom Kläger selbst geführten Zeugen, welcher erklärte, daß der fragliche Wechsel nicht aus Gefälligkeit, sondern über eine Buchschuld des Geklagten acceptirt und im Wege des Escompte an den Kläger übertragen wurde, wurde schon das Gegentheil dessen eidlich bestätigt, was Geklagter durch den von ihm aufgetragenen und ihm zurückgeschobenen Haupteid darthun will, und es geht nicht an, den Geklagten noch zu einem Haupteide zuzulassen, der mit dem obigen Zeugen, zu dessen Zeugenschaft er den Erfüllungseid angeboten hatte, in offenbarem Conflict stünde, und den er, wenn der genannte Zeuge als Vormann dem heutigen Kläger Vertretung geleistet hätte, ebendemselben aufzutragen gehabt hätte, und welchen dieser als Zeuge nun wirklich abgelegt hat.

Nr. 3220.

Unzulässigkeit des Mandatsprocesses bei Hypothekarklagen und bei Klagen auf Grund nur pränotirter Urkunden.

Entsch. v. 30. Jänner 1866, Nr. 760 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 10. Oct. 1865, Nr. 66548 und des O. L. G. Wien vom 28. Nov. 1865, Nr. 10689). G. Z. 1868, Nr. 75.

A brachte in seiner Klage wider B und C an, er habe die Pränotirung des Pfandrechtes für einen von D acceptirten Wechsel auf dessen Hausantheil und sodann gegen denselben die Zahlungsauflage erwirkt. Mittlerweile sei der Hausantheil auf die Beklagten übergegangen, jedoch keine Zahlung erfolgt, weshalb er bitte, diesen Beiden die Zahlung der gegen D ihm zuerkannten Summe bei sonstiger Execution des mit Pränotirung behafteten Realitätenantheiles aufzutragen. — Die erste Instanz verbeschied diese „Mandatsklage" um die Einrede und verweigerte den Zahlungsauftrag wegen Mangel eines Rechtstitels, und weil der Wechsel nur pränotirt, nicht einverleibt ist. Dagegen recurrirte A, da seine Klage auf öffentliche Urkunden (Ministerialverordnung v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, §. 1, lit. a), nämlich den Pränotirungs- und den wechselgerichtlichen

Zahlungsbescheid sich stütze, der Rechtstitel in der Wechselforderung liege, und, nachdem das Begehren des Zahlungsauftrages durch lit. a des obigen §. 1 schon begründet sei, es auf lit. e desselben, welche Stelle freilich einverleibte Urkunden erfordert, nicht ankomme, somit die Pränotirung des Wechsels gleichgiltig sei. Mindestens hätte doch eine Tagsatzung nach §. 298 a. G. O. angeordnet werden sollen. — Die zweite Instanz wies den Recurs ab in der Erwägung, daß nach §. 2 der kaiserl. Verordnung v. 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95 (über Klagen auf Notariatsurkunden) der Zahlungsauftrag damals nicht zu erlassen ist, wenn, wie hier, die Person des Geklagten nicht mehr diejenige ist, welche in der Verpflichtungsurkunde als Schuldner erscheint, sondern nur durch Rechtsverhältnisse, die aus der Urkunde nicht zu ersehen sind, an die Stelle des ursprünglichen Verpflichteten getreten ist, diese Thatsachen aber nicht durch öffentliche Urkunden erwiesen werden, und daß eben der Mangel solcher Urkunden auch das Verfahren nach §. 298 a. G. O. nicht rechtfertigt. Im außerordentlichen Revisionsrecurse brachte nun Kläger an, daß die kaiserl. Verordnung vom 21. Mai 1855 nicht anwendbar sei, weil er sich nicht auf selbe, sondern auf den Ministerial-Erlaß vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, berufen habe; daß seine Klage alle wesentlichen Umstände durch öffentliche in originali beigebrachte Urkunden, namentlich den Grundbuchsauszug darthue, die wechselgerichtliche Zahlungsauflage rechtskräftig sei und er nur durch die Ministerialverordnung vom 19. September 1860, R. G. Bl. Nr. 212 (weil seine Wechselklage gegen D im Grundbuch nicht angemerkt war) zu einer Klage wider B und C genöthigt sei. Die Verweigerung des Verfahrens nach §. 298 a. G. O. sei noch weniger gerechtfertigt als jene des Zahlungsauftrages.

Der oberste Gerichtshof gab diesem Recurse keine Folge, weil einerseits nur eine pränotirte, keine einverleibte Urkunde vorliegt und andererseits auch aus den beigebrachten öffentlichen Urkunden nicht unmittelbar gegen die nun Belangten sich ein Beweis ihrer Verbindlichkeit ergibt, mithin weder in der Verweigerung der Zahlungsauflage, noch in der Einleitung des schriftlichen Verfahrens eine offenbare Gesetzwidrigkeit erblickt werden kann.

Nr. 3221.

Außergerichtliches Geständniß des in fremdem Namen Proceß Führenden.

Entsch. v. 27. März 1866, Nr. 1782 (Abänd. der Urth. des B. G. Baden v. 30. März 1865, Nr. 4715 und des O. L. G. Wien v. 25. Oct. 1865, Nr. 17754). G. Z. 1868, Nr. 67.

A belangte den B, als gesetzlichen Vertreter seines Sohnes, wegen Löschung eines für 350 fl. einverleibten Pfandrechtes von der

Realität Nr. 96, die er von den Eheleuten C, welche ihm Vertretung leisteten — mit Vertrag vom 20. September 1862 gekauft hatte. Er begründete sein Begehren damit, daß die C von der Realität dem B jun. ein Grundstück mittelst Vertrag vom 15. December 1861 um 350 fl. unter der Bedingung der erfolgenden politischen Abtrennungsbewilligung überlassen hätten, welche 350 fl. als im Vertrage bezahlt angegeben, dem B zurückgebühren, wenn die Trennung nicht bewilligt würde; daß zu deren Sicherstellung das Pfandrecht auf die Realität einverleibt wurde, die 350 fl. in der That aber gar nicht berichtigt worden seien. Er bot den Zeugenbeweis darüber an, daß B, Vater, bei Abschluß des Kaufvertrages vom 20. September 1862 zugegen war und dem Notar, der die Verhandlungen leitete, auf dessen Frage, inwieferne die gedachte Forderung seines Sohnes zu Recht bestehe, erwiderte, er, B, habe das Pfandrecht für diese 350 fl., welche nie bezahlt worden seien, nur pro forma erwirkt und werde diese Satzpost löschen lassen, was er aber später verweigert habe. Zugleich trug er ihm den im Rückschiebungsfalle von den Eheleuten C abzulegenden Haupteid auf, daß die 350 fl. weder baar noch in anderer Weise bezahlt worden seien. B entgegnete, daß sein widersprochenes Geständniß keinen Beweis machen könne, da es außergerichtlich abgegeben wurde, daß dasselbe ein Aufgeben der Rechte des Minderjährigen enthalte, wozu eine curatorische Genehmigung erforderlich sei, und daß ihm, der in fremdem Namen Proceß führe, der Haupteid nur über eigene Handlungen, daher nicht über die von seinem Sohne geleistete Zahlung aufgetragen werden könne; endlich, daß Kläger vorerst die Annullirung des von dem Minderjährigen mit den Eheleuten C geschlossenen Kaufvertrages um das Grundstück erwirken müsse. Nach dem geführten Zeugenbeweise über das außergerichtliche Geständniß, den die erste Instanz für vollständig hergestellt hielt, weshalb sie das mit allen Erfordernissen des §. 110 a. G. O. versehene Geständniß als maßgebend betrachtete, gab selbe dem Klagbegehren statt. — Das O. L. G. wies den Kläger ab. Gründe: Wenn man auch die obige Erklärung des B, Vaters, als erwiesen annehmen wollte, so könnte auf Grund derselben noch nicht die Ungiltigkeit der Kaufschillingsforderung des Minderjährigen und des zur Sicherstellung derselben erwirkten Pfandrechtes ausgesprochen werden, da es sich dabei um das Aufgeben erheblicher Rechte des Minderjährigen gehandelt hat, auf welche der Vater ohne obercuratorische Genehmigung nicht verzichten konnte. Ebensowenig vermag die Behauptung des Klägers, daß der fragliche Kaufschilling niemals bezahlt worden sei und daher die im Kaufvertrage vom 15. December 1861 enthaltene Bestätigung auf einem Irrthume beruhe, das Klagbegehren zu rechtfertigen, da der dem Geklagten, welcher nicht im eigenen Namen, sondern als Vertreter seines minderjährigen Sohnes Proceß führt, nicht allein über eigene, sondern auch über fremde Handlungen aufgetragene Haupteid sich als unzulässig darstellt. Uebrigens

ist dieser Haupteid auch unentscheidend, weil das Pfandrecht zu Gunsten des Minderjährigen im Kaufvertrage vom 15. December 1861, in welchem die Bestätigung des empfangenen Kaufschillings enthalten ist, gegründet erscheint, dieses Pfandrecht daher so lange aufrecht besteht, als nicht die Aufhebung des Vertrages selbst bewirkt wurde, worauf aber in gegenwärtiger Klage ein Begehren nicht gestellt worden ist.

Der oberste Gerichtshof hat dem Klagbegehren für den Fall stattgegeben, als der Kläger den Erfüllungseid über das oben angeführte außergerichtliche Geständniß des B ablegen würde, aus folgenden Gründen: Aus diesem Geständnisse würde hervorgehen, daß das fragliche Pfandrecht ohne Rechtsgrund haftet, weil der Sohn des B nicht befugt ist, den Betrag von 350 fl. zurückzubegehren, wenn er ihn gar nicht gezahlt hat. Dieses Geständniß ist aber deshalb, weil es nicht von dem Minderjährigen selbst abgelegt wurde, nicht beweislos, da der §. 110 a. G. O. keineswegs, wie Geklagter meint, erfordert, daß es von der Partei selbst abgelegt werde, vielmehr dieser Paragraph sich blos des Ausdruckes „Bekenners" bedient, und nicht abzusehen ist, warum ein solches mit den Erfordernissen des §. 110 versehenes, somit gewiß ernstlich gemachtes Geständniß eines Bevollmächtigten oder gesetzlichen Vertreters nicht ebenso beweiskräftig sein soll, wie ein gerichtliches eben derselben Personen. Aus dem Vorstehenden folgt auch, daß es sich hier nicht um die Giltigkeit des ganzen Kaufvertrages vom 15. December 1861 zwischen den Eheleuten C und dem minderjährigen B, sondern nur um eine einzelne Bestimmung desselben handelt, da dieser Vertrag, wenn auch die 350 fl. nicht gezahlt wurden, zu Recht bestehen, ja noch immer erfüllt werden kann, wenn der Eigenthümer der Realität Nr. 96, zustimmt, die Grundtrennung bewilligt und die Zahlung der 350 geleistet wird; daß also Kläger nicht nöthig hatte, den Rechtsbestand des Vertrages, der auch zwischen den Eheleuten C und dem minderjährigen B noch immer Wirkung behalten kann, zu bestreiten.

Nr. 3222.

Form für die Errichtung einer ehelichen Gütergemeinschaft auf den Todesfall.

Entsch. v. 25. April 1866, Nr. 2172 (Best. des das Urth. des B. G. Oberberg v. 30. Juli 1865, Nr. 1214, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn vom 5. Dec. 1865, Nr. 12610). Gerichtshalle 1866, Nr. 16.

Nach dem Tode des M, der seine erste Frau N überlebt hatte, wurde von seiner überlebenden Witwe und seiner Tochter zweiter Ehe, als seinen Erben, mittelst Klage gegen die Erben der N die Giltigkeit der von M mit der N geschlossenen Gütergemeinschaft unter Anderem

aus dem Grunde bestritten, weil die darüber errichtete Urkunde nur von zwei Zeugen unterfertigt worden war, da sie doch vermöge der Bestimmung des §. 1234 a. b. G. B., wonach die Gütergemeinschaft unter Ehegatten in der Regel nur auf den Todesfall verstanden wird, zu ihrer Giltigkeit mit den Erfordernissen eines Erbvertrages, daher mit der Unterschrift von drei Zeugen hätte versehen sein müssen.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Anfechtungsklage und bemerkte gegen den angeführten Bestreitungsgrund: Die von zwei Zeugen unterfertigte Urkunde genügt, um den Beweis des Abschlusses des Gütergemeinschaftsvertrages herzustellen, und die Unterzeichnung durch einen dritten Zeugen war hiezu nicht erforderlich. Denn, wenn auch die von M mit der N geschlossene Gütergemeinschaft nach §. 1234 a. b. G. B. nur auf den Todesfall zu verstehen war, so wurde hiedurch der über dieselbe abgeschlossene Vertrag noch nicht zu einem Erbvertrag, weshalb die für Erbverträge erlassenen Vorschriften auf die in Frage stehenden Ehepacten keine Anwendung finden.

Nr. 3223.

Ausstellung eines Prämienscheines in Wechselform. Bereicherungsklage im Falle der Präjudicirung des Wechsels?

Entsch. v. 17. Mai 1866, Nr. 4322 (Best. des Urth. des H. G. Prag v. 11. Sept. 1865, Nr. 3184, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 30. Dec. 1865, Nr. 31597). G. H. 1868, S. 141.

Die von der Assecuranzgesellschaft A gegen B nach Art. 83 W. O. angestellte Bereicherungsklage pto. Zahlung von 266 fl. war darauf gegründet, daß B sein Haus bei A gegen Feuersgefahr versichert, die Police in Empfang genommen hat, allein die Assecuranzprämie von 266 fl., für welche er der Gesellschaft den durch Protestversäumniß präjudicirten Wechsel ausgestellt hätte, zu zahlen sich weigert. Der Beklagte berief sich in seiner Vertheidigung unter Anderem auf den §. 6 der Versicherungsstatuten, wonach die Giltigkeit der Versicherung aufhört, wenn der Versicherte den Prämienschein (der hier in Wechselform ausgestellt wurde) nicht längstens am Verfallstage einlöst. — Dem in erster Instanz abgewiesenen Klagbegehren hat das O. L. G. stattgegeben, weil B durch den mit A geschlossenen Versicherungsvertrag zur Zahlung des Prämienbetrages, an dessen Stelle die an demselben Tage zahlbare Wechselsumme trat, verpflichtet wurde, mithin, wenn er, von der wechselmäßigen Verbindlichkeit durch die Präjudicirung des Wechsels befreit, die Zahlung der Prämie verweigern dürfte, mit dem Betrage derselben zum Nachtheile der Klägerin, welcher in dem Verluste ihrer Forderung aus dem Versicherungsgeschäfte bestände, sich bereichern würde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Einen Schaden, der bei der Bereicherungsklage in Betracht kommt, würde die Klägerin nur dann leiden, wenn sie trotz der unterbliebenen rechtzeitigen Zahlung der Wechselsumme dem Beklagten zum Ersatz eines in dem Zeitraume, wofür die Prämie anticipatim zu zahlen war, entstandenen Brandschadens verpflichtet geblieben wäre und auch nur in diesem Falle könnte gesagt werden, daß der Beklagte — durch die Bewahrung seines Anspruches auf den besagten Ersatz — zum Schaden der Klägerin sich bereichern würde. Allein die Letztere hat nicht einmal behauptet, daß ihre Haftung für etwaigen Brandschaden dem Beklagten gegenüber noch fortbestehe, und so, wie der Beklagte den §. 6 der Versicherungsstatuten citirt, hört die Giltigkeit der Versicherung auf und wird die Police daher werthlos, wenn der Versicherte einen Prämienschein, der hier in Wechselform ausgestellt wurde, nicht spätestens am Verfallstage einlöst.

Nr. 3224.

Stillschweigende Unterwerfung unter den Causalgerichtsstand.

Entsch. v. 25. Sept. 1866, Nr. 8606 (Best. des das Decr. des K. G. Bozen v. 19. Juli 1866, Nr. 2008, aufheb. Decr. des O. L. G. Innsbruck v. 14. August 1866, Nr. 2371). G. Z. 1869, Nr. 27.

Der Eisenbahnbau-Subunternehmer A klagte die Eisenbahnbau-Gesellschaft B aus dem Titel des Kaufvertrages auf die Zahlung des Kaufpreises einer Maschine von 1061 fl. nebst 6% Zinsen seit 1. April 1865 beim K. G. Bozen als Handelssenat. Die geklagte Gesellschaft machte dagegen die Incompetenzeinwendung nicht nach Vorschrift des Gesetzes abgesondert geltend, sondern erwähnte blos zum Schlusse der Einrede, daß die Ansprüche von 6% Zinsen nach §. 995 a. b. G. B. deshalb unstatthaft erscheinen, weil die geklagte, zum Bau einer Eisenbahn gebildete Gesellschaft keine Handelsgesellschaft, sondern eine gemeinrechtliche Erwerbsgesellschaft und der Kauf einer zum Bau erforderlichen Maschine kein Handelsgeschäft im Sinne des Gesetzes sei. — Nach vollständig abgeführtem Processe hat das K. G. Bozen als Handelssenat seine Unzuständigkeit ausgesprochen und den Kläger mit seiner Klage an das für gemeine Rechtsangelegenheiten zuständige Gericht verwiesen, in der Erwägung, daß der Gegenstand der Klage die Forderung des Kaufpreises eines Kranich mit Bestandtheilen zur Verwendung beim Eisenbahnbau, nicht aber zur Weiterveräußerung desselben betrifft, daß daher der Gegenstand der Klage kein Handelsgeschäft im Sinne des Art. 271 H. G. ist; daß die geklagte Gesellschaft nicht zum Zwecke des Betriebes von Handelsgeschäften, sondern der Erbauung der Eisenbahn gebildet

wurde, folglich nicht als eine Handelsgesellschaft, sondern als eine gemeinrechtliche Erwerbsgesellschaft anzusehen ist; daß demnach die Causalgerichtsbarkeit des Kreisgerichtes als Handelsgericht nach §. 38, 1, 2 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetze und §. 57 J. N. nicht begründet erscheint; daß, wenn auch die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes nicht nach Vorschrift des Hofdcr. v. 7. November 1820, J. G. S. Nr. 1714, abgesondert geltend gemacht wurde, doch nicht einmal eine ausdrückliche Prorogation des Forums in Gegenständen der Causalgerichtsbarkeit zulässig ist. (§. 47 J. N.) Diese Entscheidung hob die zweite Instanz auf mit der Begründung: „daß der Geklagte bei der ersten Tagsatzung weder die Einwendung der Incompetenz selbst angebracht, noch um die Erstreckung zum Behufe der Ausführung dieser Einwendung angesucht; daß nach der klaren Vorschrift des §. 2, Hofdcr. vom 7. November 1820, Nr. 1714, die geklagte Gesellschaft mit dieser Einwendung nicht mehr zu hören war; daß der Anwendbarkeit dieses Hofdecretes weder der §. 47 noch §. 48 J. N. im Wege steht, da von einer freiwilligen Prorogirung gar keine Rede ist und es sich um keine im §. 48 J. N. erwähnten Streitsachen handelt".

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung, „denn — so lauten die Beweggründe — nach §. 48 J. N. ist die Verhandlung über eine von einem unzuständigen Richter angenommene Klage fortzusetzen, wenn sich gleich in der Folge zeigen sollte, daß das Gericht zur Annahme der Klage nicht berufen war, ausgenommen die Verhandlung betraf die Ungiltigkeit oder Trennung der Ehe, oder Gegenstände, die zur Militärgerichtsbarkeit oder zur Verwaltungsbehörde gehören, und nach dem citirten Hofdcr. vom 7. November 1820 muß die Einwendung des ungehörigen Gerichtsstandes bei der ersten über die Klage anberaumten Tagsatzung angebracht werden, sonst ist sie nicht mehr zu beachten; diese Rechtzeitigkeit der Einwendung aber wurde von der geklagten Partei nicht beachtet, daher der Beschluß des O. L. G. gerechtfertigt erscheint".

Nr. 3225.

Entschädigungsklage für Ueberlassung einer Erfindung. Unbestimmtheit des Versprechens der Verschaffung „einer sorgenfreien und glücklichen Zukunft".

Entsch. v. 21. Nov. 1866, Nr. 10223 (Best. des Urth. des L. G. Prag vom 24. April 1866, Nr. 6113, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 31. Juli 1866, Nr. 18825). G. H. 1868, S. 20.

Nach der Klage des A gegen B überließ der Erstere die Ehre seiner Erfindung eines neuen, sog. Spatenpfluges dem B, welcher

dafür ihm 1. den Ersatz aller auf die Erfindung verwendeten, von A zu berechnenden Kosten und außerdem 2. für den Fall, daß er, Beklagter, mit diesem Pfluge reussirt und eine oder mehrere Ordensauszeichnungen erlangt, versprochen habe, ihm eine sorgenfreie und glückliche Zukunft zu verschaffen. Ad 1 berechnete der Kläger die Kosten der Herstellung der Musterpflüge, der Ausstellung seiner Erfindung an mehreren Orten, der Anfertigung der Modelle und der praktischen Versuche, sodann den Werth seiner Bemühungen bei der Anfertigung, Verbesserung und Ausstattung der Pflüge, zusammen mit 9840 fl.; ad 2 nahm er eine lebenslängliche Rente von 200 fl. monatlich in Anspruch. — In erster Instanz wurde der ad 1 geforderte Betrag dem Kläger gegen seinen Schätzungseid zuerkannt und die ad 2 eingeklagte Forderung abgewiesen. — In Folge der von beiden Theilen ergriffenen Appellation hat das O. L. G. ad 1 den Betrag auf 7840 fl. herabgesetzt und dem Kläger unter der Bedingung des durch Haupteid erbrachten Beweises der Zusage des Beklagten, alle von dem Ersteren zu berechnenden Kosten zu bezahlen, und des klägerischen Schätzungseides, ad 2 dem Kläger eine lebenslängliche Rente von monatlichen 150 fl. bei Herstellung des Beweises, durch Haupteid, über das oben angeführte Versprechen der Verschaffung einer sorgenfreien und glücklichen Zukunft zuerkannt. — Gegen diese Entscheidung ergriff B ad 1 die außerordentliche, ad 2 die ordentliche Revisionsbeschwerde.

Vom obersten Gerichtshofe wurde die erstere verworfen und der letzteren durch Bestätigung des Urtheils der ersten Instanz Folge gegeben. Gründe: Die Behauptung des Beschwerdeführers, daß die Ueberlassung der Ehre der Erfindung nach §. 878 a. b. G. B. kein giltiges Rechtsgeschäft sei und daß dem Kläger für dieselbe, da sie keinen Geldaufwand seinerseits bedingte, eine Vergütung nicht zugesprochen werden könne, entbehrt der rechtlichen Begründung, weil es weder unmöglich noch durch ein Gesetz verboten ist, daß der Erfinder einem Anderen gestatte, die Erfindung als seine Erfindung zu verlautbaren und nutzbar zu machen; weil, selbst wenn der Erstere die materiellen Vortheile der Erfindung sich vorbehielt, doch auch die überlassene Ehre der Erfindung dem Unternehmer Vortheile bringen kann, die für ihn ein Werthobject bilden; weil diese mit der Ehre und dem Rufe der Erfindung verbundenen mittelbaren Vortheile auch für den Erfinder einen Werth haben und daher im Falle der Ueberlassung derselben an einen Anderen einen Anspruch auf Vergütung begründen, da der Aufwand von Mühe und Zeit zum Erfinnen, Prüfen und endlichen Festhalten eines neuen oder verbesserten Constructionsprincipes sich wesentlich von dem Arbeits- und Kostenaufwand unterscheidet, welchen die Herstellung eines einzelnen Werkes nach der erfundenen Methode erfordert, mithin durch die Bezahlung des Materials und der Kosten der Herstellung nicht auch schon die

Mühe der Erfindung verlohnt ist. Demnach war die a. o. Beschwerde des Beklagten zu verwerfen. Dagegen ist seine ordentliche Revisionsbeschwerde gegründet. Wenn der Beklagte dem Kläger das Versprechen, worauf der in zweiter Instanz zugelassene Hauptleid lautet, in der That gemacht hat, so frägt es sich vor Allem, ob er damit dem Kläger — was dieser eben begehrt — eine lebenslängliche Rente versprochen habe, und diese Frage muß entschieden verneint werden. Mag auch der Kläger unter der Inaussichtstellung einer sorgenfreien und glücklichen Zukunft zunächst eine Geldleistung des Beklagten verstanden und erwartet haben, die ihn der Mühen und Sorge um seine Existenz überheben würde, so muß zur richtigen Auslegung des Versprechens auch Dasjenige berücksichtigt werden, was der Beklagte damit beabsichtigt haben kann. Der Kläger gibt sich als ein Mann von hervorragenden Fähigkeiten und Kenntnissen in seinem Fache zu erkennen; er betreibt fortan sein Geschäft als Maschinenfabrikant und hat sich die Erzeugung nach seinen Erfindungen und den eventuellen Vortheil vorbehalten, ja nach seiner eigenen Anführung seither wieder eine neue, die frühere übertreffende Erfindung gemacht. Einem solchen Manne gegenüber, ausgerüstet mit der zu einem wenn nicht schwunghaften, doch die Subsistenz gewährenden Geschäftsbetriebe nöthigen Begabung, muß die Bedingung der sorgenfreien und glücklichen Zukunft nicht nothwendig in der unmittelbaren Zuwendung eines Geldcapitales oder gar einer lebenswierigen Rente erkannt werden. Soll daher die Verpflichtung des Beklagten zu einer solchen Leistung ausgesprochen werden können, so müßte sein Versprechen ausdrücklich darauf gelautet haben, umsomehr da einem Gewerbsmanne eine sorgenfreie Zukunft auch durch Verschaffung von Arbeit, sei es unmittelbar oder mittelbar durch Anempfehlung oder Zubringung von Kunden, durch Eröffnung von Quellen vortheilhaften Materialbezuges, ja selbst durch Gewährung von Credit und auf mancherlei andere Art in Aussicht gestellt und verschafft werden kann. Dem Versprechen des Beklagten fehlt daher die erforderliche Bestimmtheit der versprochenen Leistung und kann daraus dessen Verpflichtung zur Zahlung einer Lebensrente nicht abgeleitet werden.

Nr. 3226.

Unzulässigkeit richterlicher Prüfung der von der Partei bereits beglichenen Expensnote des Advocaten.

Entsch. v. 11. Dec. 1866, Nr. 10084 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Brünn v. 14. und 28. Sept. 1866, Nr. 10065, und 18110 und des O. L. G. Brünn v. 23. Oct. 1866, Nr. 10557). G. Z. 1868, Nr. 88.

Die A suchte um gerichtliche Mäßigung der in der beiliegenden Expensennote aufgerechneten, von ihr bereits vollständig bezahlten

Vertretungskosten an, da ihr dieselben zu hoch angesetzt erschienen. Hierüber wurde von der ersten Instanz der betreffende Vertreter Dr. B aufgefordert, binnen 8 Tagen die erforderlichen Beilagen zur bei Gericht zurückbehaltenen Expensennote vorzulegen, widrigens zur Kostenmäßigung auf Grund der Amtsacten geschritten würde. Dieses Gesuch sammt Erledigung wurde von Dr. B mit der Begründung zurückgelegt, daß das Begehren und der darüber erflossene Auftrag unstatthaft sei, da einerseits in der unbeanständeten Zahlung eine Anerkennung der Vertretungskosten liege, daher eine nachträgliche Mäßigung ungesetzlich sei und andererseits, wenn eine nachträgliche Mäßigung überhaupt zulässig wäre, dem Vertreter freigestellt bleiben müsse, ein neues Kostenverzeichniß, mit den nöthigen Beilagen instruirt, vorzulegen. — Die erste Instanz wies diese Eingabe zurück und wiederholte den früheren Auftrag, da — so die Begründung — nach §. 425 a. G. O. dem Richter das Recht zusteht, die von einer Partei ihrem Advocaten zu entrichtenden Gebühren auf Verlangen der Partei zu ermäßigen, ein solcher Fall hier vorliegt, ohne daß die Frage, ob diese Gebühren etwa schon vollständig oder nur zum Theile bezahlt wurden, dieser richterlichen Amtspflicht beirrend entgegenstehen kann, und es auch nicht angehe, zur Grundlage dieser Moderirung ein von dem Rechtsfreunde neu zu verfassendes Kostenverzeichniß zu nehmen, da hier nicht der Rechtsfreund, sondern die Partei um die gerichtliche Mäßigung eines bestimmten ihr übergebenen Kostenverzeichnisses eingeschritten ist. — Den gegen diesen Bescheid ergriffenen Recurs hat das O. L. G. unter Berufung auf die erstrichterlichen Gründe und in der weiteren Erwägung verworfen, daß einer jeden von einem Advocaten vertretenen Partei nach Hofdcr. vom 4. October 1833, J. G. S. Nr. 2633, das Recht zusteht, die ihr von dem Advocaten aufgerechneten Vertretungskosten der richterlichen Adjustirung selbst in dem Falle, wenn sie bereits gezahlt sind, zu unterziehen, indem die Frage, ob die geleistete Zahlung für eine Anerkennung der Richtigkeit der Höhe dieser Gebühren zu halten sei, nur im contradictorischen Wege zu entscheiden ist; in Erwägung, daß dem Richter zum Behufe dieser Adjustirung dieselben Behelfe vorliegen müssen, auf Grund deren der Vertretungsgebührenanspruch gestellt wurde, wobei die Frage, ob der Advocat berechtigt sei, mit Rücksicht auf die geänderten Umstände ein neues Kostenverzeichniß einzubringen, gar nicht zur Sprache kommen kann.

Von dem obersten Gerichtshofe hingegen wurde die Gesuchstellerin mit ihrem Adjustirungsbegehren abgewiesen; denn, so lautet die oberstgerichtliche Motivirung, der §. 425 a. G. O. verordnet in seinem zweiten Theile, daß der Richter die Vertretungsgebühren nur dann mäßigen soll, wenn die Partei solche Mäßigung verlangt; dieser Fall ist aber dann offenbar nicht vorhanden, wenn eine Partei die Mäßigung solcher Expensen verlangt, die sie schon vor mehreren Monaten ganz bezahlt hat. Denn in einer solchen Bezahlung liegt die Aner-

kennung der Expensen als liquid in vollem Betrage, weil eben die Partei vor deren Adjustirung zur Bezahlung derselben nach dem Hofdcr. v. 4. October 1833, J. G. S. Nr. 2633, in keiner Weise gezwungen war. Dieses Hofdecret hat die Anordnung des §. 425 a. G. O. nicht abgeändert und insbesondere nicht auch auf den Fall bereits bezahlter Expensen ausgedehnt; es setzt vielmehr nach seinem ganzen Inhalte solche Expensen voraus, welche von der Partei, wenigstens dem Betrage nach, nicht erkannt sind; eine entgegengesetzte Ansicht würde dem Wortlaute und der klaren Absicht des §. 425 a. G. O. widerstreiten, welche blos dahin geht, die Parteien vor einem Zwange zur Zahlung übermäßiger Gebühren der Advocaten zu schützen, welche Absicht aber bei bereits gezahlten Gebühren gänzlich hinwegfällt.

Verzeichniß

der einschlägigen und der citirten Gesetzesstellen.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

Französisch-italienisches Civilgesetzbuch.

Bürgerliches Gesetzbuch für Ostgalizien vom Jahre 1797.

Allgemeines Handelsgesetzbuch vom 17. December 1862.

Codice di Commercio.

Wechselordnung vom 1. October 1763.

Wechselordnung vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 51.

Jurisdictionsnorm vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 251.

Jurisdictionsnorm für das lomb.-venez. Königreich vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 252.

Jurisdictionsnorm vom 20. November 1852 für Dalmatien, R. G. Bl. Nr. 261.

Militär-Jurisdictionsnorm vom 22. December 1851, R. G. Bl. Nr. 255.

Allgemeine Gerichtsordnung.

Allgemeine Concursordnung.

Westgalizische Gerichtsordnung.

Gerichtsordnung für das lomb.-venez. Königreich.

Gesetz über das Ausgleichsverfahren bei Zahlungseinstellungen protokollirter Handels- und Gewerbsleute vom 17. December 1862, R. G. Bl. Nr. 97.

Gesetz über den summarischen Civilproceß vom 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906.

Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208.

Geschäftsordnung vom 3. Mai 1853, R. G. Bl. Nr. 81.

Jurisdictionsnorm für Ungarn vom 16. Februar 1853, R. G. Bl. Nr. 30.

Jurisdictionsnorm für Siebenbürgen vom 3. Juli 1853, R. G. Bl. Nr. 129.

Provisorische Civilproceßordnung für Ungarn.

Provisorische Concursordnung für Ungarn.

Civilproceßordnung für das Königreich Italien vom 17. Juni 1866.

Erneuerte Landesordnung des Königreichs Böhmen vom 10. Mai 1627.

Tiroler Landesordnung vom 19. September 1602.

Artikel des ungarischen Reichstages.

Beschlüsse der Judex-Curial-Conferenz vom Jahre 1861.

Strafgesetz vom 27. Mai 1852.

Strafproceßordnung vom 29. Juli 1853.

Strafgesetz vom 3. September 1803.

Einzelne Gesetze.

Jahr		Nr.
1806	Oct. 24. J. G. S. Nr. 789	483, 665, 2875
1807	Oct. 24. J. G. S. Nr. 822	814
—	Oct. 31. G. S. für das Königr. Italien II. Thl. Nr. 231	18
—	Oct. 31. G. S. für das Königr. Italien III. Thl. Nr. 233	40, 1251, 1518
—	Nov. 14. J. G. S. Nr. 827	1081
1808	Oct. 7. J. G. S. Nr. 864	831
—	Oct. 8. J. G. S. Nr. 872	2083
—	Hofdecr. v. 29. Nov. Nr. 38084	2857
1809	Febr. 8. J. G. S. Nr. 882	890, 1056, 2401
—	März 1. J. G. S. Nr. 886	378, 653, 765
—	März 23. J. G. S. Nr. 887	270
1810	Mai 1. Pol. G. S. Franz I. 34. Band Nr. 1	1070
—	Juli 20. J. G. S. Nr. 906	2330, 2425
—	Nov. 30. Krop.-Goutta G.S. Franz I. Bd. 28. S. 492	2520, 3098, 3099
1811	März 16. J. G. S. Nr. 935	2420
—	April 27. G. S. für das Königreich Italien I. Thl. Nr. 103	722, 1854
—	April 28. J. G. S. Nr. 944	323
—	Sept. 21. J. G. S. Nr. 959	2533
1811	Oct. 10. G. S. für das Königreich Italien II. Thl. Nr. 243	1048
—	Oct. 10.	3014
—	Nov. 9. J. G. S. Nr. 961	289
1812	Jän. 10. J. G. S. Nr. 968	408
—	Febr. 8. J. G. S. Nr. 971	355
—	März 13. J. G. S. Nr. 978	1955
—	Juli 22. J. G. S. Nr. 997	1511
—	Nov. 19. J. G. S. Nr. 1015	1439, 1455, 1522
—	Dec. 5. J. G. S. Nr. 1017	1814
—	Dec. 31. Pol. G.S. Franz I. 39. Band Nr. 77	396, 674, 1623
1813	Jän. 16. J. G. S. Nr. 1024	185
—	März 13. Pol. G. S. Franz I. 40. Band Nr. 27	2820
—	März 21. Pol. G.S. Franz I. 40. Band Nr. 28	408
—	Juni 18. J. G. S. Nr. 1054	2818
—	Oct. 9. J. G. S. Nr. 1071	915
—	Oct. 21. Pol. G. S. Franz I. 41. Band Nr. 49	1298, 2723, 2729
1814	Mai 6. J. G. S. Nr. 1085	574, 1243
—	Juli 16. J. G. S. Nr. 1094	1205, 2683
—	Laibacher Gubernialverordnung v. 10. Oct. Nr. 10983	488

Systematisches Register.

I. Civilrecht.

Allgemeines Privatrecht.

I. Allgemeine Lehren.

I. **Gewohnheitsrecht.** 1. Unzulässigkeit der Berufung auf Gewohnheit für einen bestimmten Zahlungsort Nr. 1154. 2. Derogatorisches Gewohnheitsrecht? Nr. 1946. 3. Loszählung des Richters vom Ersatze überflüssigerweise aufgelaufener Kosten aus Rücksicht auf den Gerichtsgebrauch Nr. 2891.

II. **Zeitliche Collision der Gesetze.** 1. Ueber den Umfang der Rechts- und Handlungsfähigkeit Nr. 368, 1686. 2. Ueber die Todeserklärung Nr. 3196. 3. Ueber den Anfangspunkt der Verjährung Nr. 18. 4. Ueber die actio hypothecaria Nr. 1780, 1788. 5. Ueber das erlaubte Zinsenmaß Nr. 40, 1079, 3104. 6. Ueber die Zinsenanschwellung ultra alterum tantum Nr. 389. 7. Ueber den Rückkauf Nr. 1694. 8. Aufhebung der Pacht einer Gewerbegerechtigkeit durch die Gewerbefreiheit Nr. 2369. 9. Collision der Gesetze über eheliche Gütergemeinschaft Nr. 694, 764. 10. Ueber den Anfall einer Erbschaft Nr. 565, 3210. 11. Ueber die fideicommissarische Substitution Nr. 78. 12. Fortbestand der die Befriedigung von Bauernmiterben erleichternden Bestimmungen nach Aufhebung des Unterthänigkeitsverbandes Nr. 2782.

III. **Oertliche Collision der Gesetze.** 1. Einfluß des Ortes des Vertragsabschlusses auf die Valuta Nr. 1320. 2. Anwendung des Zwangscurses auf Rechtsgeschäfte von Ausländern in Oesterreich Nr. 1647. 3. Großjährigkeit der vor zurückgelegtem 24. Jahre an einen Oesterreicher verheirateten Ungarin Nr. 2259. 4. Vertragsmäßige Festsetzung ausländischen Rechtes als Norm der ehelichen Güterverhältnisse Nr. 2148. 5. Einfluß des Domicilwechsels auf das eheliche Güterrecht

Nr. 2701. 6. Berechtigung des unehelichen Kindes einer Ausländerin zur Anstellung der im Geburtsland derselben unzulässigen Paternitätsklage Nr. 133. 7. Anwendung des österreichischen Erbrechtes auf eine in Oesterreich liegende Immobilien betreffende letztwillige Verfügung Nr. 1511. 8. Nachlaß eines in Oesterreich begüterten Ausländers Nr. 1719. (Ordentlicher Wohnsitz des Erblassers in Wien als Voraussetzung der Verpflichtung zur Entrichtung gesetzlicher Legate Nr. 2533.)

IV. **Todeserklärung.** 1. Im Falle naher Todesgefahr. Nr. 929. 2. Zum Zwecke der Wiederverehelichung Nr. 3196. 3. Delation einer Erbschaft an einen Verschollenen: Präsumtion des Lebens Nr. 2042.

V. **Auswanderung.** Zeitpunkt des Eintritts der rechtlichen Folgen der unbefugten Auswanderung Nr. 152.

VI. **Handlungsfähigkeit.** 1. Eines Minderjährigen Nr. 10, 873, 1426, 2106, 2497, 3168. 2. Der Militärpersonen vom Feldwebel abwärts Nr. 755, 1353. 3. Vorgeben der Eigenberechtigung seitens eines unter verlängerter Vormundschaft stehenden Volljährigen bei Abschluß von Rechtsgeschäften Nr. 2991.

VII. **Sachen.** 1. Res publicae: öffentlicher Fluß Nr. 1194. 2. Rechtliche Natur eines Kirchenstuhles Nr. 771, 3215. 3. Rechtliche Natur der Eisenbahnstraßen. Verlust des privatrechtlichen Charakters und der Eigenschaft eines Grundbuchsobjectes Nr. 2588, 3109. 4. Entschädigungsanspruch wegen einer durch eine Eisenbahnanlage herbeigeführten Veränderung eines öffentlichen Weges Nr. 2629. 5. Pertinenzen: a) Zubehör eines Hauses Nr. 2584. b) Pertinenzqualität von Maschinen? Nr. 817, 1178, 2100. c) eines Getreidevorrathes? Nr. 1496. d) der Zuckervorräthe in einer Zuckerfabrik? Nr. 3018. e) des Düngers Nr. 3044. f) eines Gefäßes Nr. 1148. g) Einmauerung zur Probe Nr. 711. h) Auszeichnung der Pertinenzqualität im Grundbuch Nr. 588, 1343, 1462. i) Unzulässigkeit derselben in Betreff von Maschinen Nr. 2100. 6. Unzulässigkeit der materiellen Häusertheilung Nr. 1427.

VIII. **Realrechte.** 1. Radicirtes Gewerbe Nr. 1183. Bestandvertrag über ein solches Nr. 2790. 2. Rechtliche Natur eines Grundentlastungs-Capitals Nr. 357, 559.

IX. **Klagverjährung.** 1. Beginn der Verjährung Nr. 818, 842, 2431, (Kenntniß des Berechtigten 2994), 3084, 3144. 2. Berechnung der Verjährungsfristen nach dem Kalender Nr. 1491. 3. Hemmung der Verjährung: Auslegung des §. 1494 Nr. 1684, 1818, 2167, 2685. 4. Unterbrechung der Verjährung: a) durch Anerkennung Nr. 673, 1405, 1614, 2126, 3107 (Zinsen in die Rechnung eingestellt). b) durch Anmeldung bei dem Concursgerichte Nr. 829. c) durch Einleitung eines administrativen Rechnungsprocesses Nr. 885. d) durch außergerichtliche Einmahnung Nr. 894. e) durch Zustellung der Klage an den Nachlaßcurator Nr. 48. f) durch Einverleibung der Einantwortungs-

urkunde? Nr. 2904. g) Durch Vorbehalt neuer Klage im Urtheil? Nr. 1471. h) Durch Vorbehalt einer Ersatzklage im Strafurtheil Nr. 961. i) Verjährung einzelner Renten während des über das Bezugsrecht in seiner Gesammtheit geführten Processes Nr. 2026. 5. Gehörige Fortsetzung der Klage als Bedingung der Unterbrechung Nr. 169, 905, 1726. 6. Personen, unter welchen die Unterbrechung wirkt Nr. 169, 240, 911, 1085, 1415. 7. Theilzahlung nach vollendeter Verjährung Nr. 759. 8. Anerkennung einer verjährten Wechselschuld Nr. 3148. 9. Unwiderruflichkeit des Verzichtes auf die eingetretene Verjährung Nr. 3145. 10. Anwendung der kürzeren Verjährungsfrist gegen den Fiscus Nr. 962. 11. Einzelne Fälle: a) Zinsenverjährung Nr. 2769. b) Verjährung im Urtheil zugesprochener Zinsen Nr. 1805. c) Verjährung im Urtheil zuerkannter Alimentationsraten Nr. 2205. d) jährlicher Renten Nr. 2720. e) des Anspruches auf eventuelle Abgaben Nr. 2098. f) einer Forderung, an der ein Fruchtgenuß bestellt ist Nr. 3026. g) einer Hypothekarforderung (Geltendmachung durch Löschungsklage oder Einrede) Nr. 2167, 2178. h) der Vermögensübertragungsgebühr Nr. 2804, 2807. i) der Bereicherungsklage auf Grund von Art. 83 der Wechselordnung Nr. 2448. k) des Anspruches auf Ergänzung des Pflichttheiles Nr. 3084. l. Verjährungsfrist für die Geltendmachung der Unechtheit eines Testamentes Nr. 3124. 12. Unverjährbarkeit der durch Grundentziehung begründeten Ansprüche ehemaliger Unterthanen gegen die Obrigkeit Nr. 3014.

X. **Rechtskraft des Urtheils.** 1. Subjectiver Umfang der Rechtskraft Nr. 180, 412, 679, 1245, 1252, 2709, 3026, 3153. 2. Umfang der Rechtskraft des Urtheiles in einem Negatorienstreit Nr. 2085. 3. Rechtskraft der Entscheidungsgründe Nr. 309, 477, 761, 931, 3064. 4. Verhältniß der Entscheidungsgründe zum Urtheil Nr. 406. 5. Rechtskraft des eine actio confessoria abweisenden Urtheiles in einem späteren Besitzstreit Nr. 2912. 6. Löschung des Pfandrechtes wegen rechtskräftiger Abweisung der Forderungsklage Nr. 2193. 7. Rechtskraft trotz Fälschung der dem Urtheile zu Grunde liegenden Urkunden Nr. 3148. 8. Exceptio rei judicatae Nr. 808, 931, 979, 1003, 1024, 2633, 2675. (Geltendmachung derselben in der Einrede oder Duplik Nr. 2451, 3212.) 9. Exceptio rei in judicium deductae Nr. 1872.

II. Sachenrecht.

A. Besitz.

I. **Erwerb und Verlust.** 1. Besitz an den reellen Theilen eines Grundstückes Nr. 2037. 2. Besitz an einem verlassenen Wasserbett? Nr. 742. 3. Besitzergreifung mit Einwilligung des bisherigen Besitzers Nr. 2168. 4. Erwerb des Rechtsbesitzes Nr. 3030; — durch richterliche Zuer-

Nr. 495. d) im Falle einer Dienstentlassung Nr. 604. e) im Falle polizeilicher Gewaltausübung der Gemeinde Nr. 735, 2555, 2557. f) des Precaristen Nr. 2223. g) dessen, der nie im ruhigen factischen Besitze war Nr. 2237. h) des Nachlaßverwalters gegen einen der Miterben Nr. 256. i) gegen den gerichtlich Immittirten Nr. 1503, 2124. k) Im Falle der Zerstörung eines Hauses durch den angeblichen Miteigenthümer Nr. 2086. l) wegen Verletzung von Societätsrechten Nr. 2220. 22. Unzulässigkeit der Intabulation eines Erkenntnisses in possessorio summariissimo Nr. 1814. 23. Intabulation auf Grund eines in einem Besitzstörungsproceß geschlossenen Vergleiches Nr. 1886. 24. Cautio de non amplius turbando: Ungebundenheit der Einklagung der angedrohten Geldstrafe an die dreißigtägige Frist Nr. 3038.

B. Eigenthum.

I. **Eigenthumsfähigkeit.** 1. Besitzfähigkeit der Juden Nr. 422, 452, 1495, 3217. 2. Verfahren bei Depossessionirung türkischer Unterthanen Nr. 408. 3. Verbot des Besitzes von zwei bestifteten Wirthschaften Nr. 1185.

II. **Beschränkungen des Eigenthums.** 1. Der Veräußerungsbefugniß. Letztwilliges, intabulirtes Veräußerungs- und Einschuldungsverbot Nr. 116, 140, 288, 946, 2821. 2. Der Theilungsbefugniß: a) partielle Veräußerung eines gesetzlich untheilbaren Grundstückes Nr. 392, 1455, 1480. b) Vertrag über die nach erlangter administrativer Genehmigung vorzunehmende Abtrennung einzelner Bestandtheile eines Grundbuchsobjectes. (Einfluß der Intabulation dieses Vertrages im Lastenstande auf die Rechte nachfolgender Gläubiger.) Nr. 2678. c) Untheilbarkeit der Bauerngüter Nr. 388. d) Theilbarkeit von Häusern Nr. 1427. 3. Nachbarrecht: a) Verpflichtung zur Vergitterung eines Fensters Nr. 897. b) Collision der Rechte von Grundnachbarn Nr. 2057. 4. Dinglicher Rückfall des Eigenthums Nr. 1000.

III. **Miteigenthum, s. Obligationenrecht** B.

IV. **Originärer Eigenthumserwerb.** 1. Zuwachs: a) Insula in flumine nata Nr. 1014. b) Sand, durch Ueberschwemmung auf dem Pachtgut abgelagert Nr. 156. c) Alveus derelictus. Zuweisung desselben an die durch den neuen Wasserlauf Beschädigten Nr. 287. d) Umfang des Ersatzanspruches des Grundeigenthümers im Falle des §. 418 a. b. G. B. Nr. 3034. 2. Finden: a) Anspruch des Finders gestohlener Sachen auf den Finderlohn Nr. 356. b) Bemessung des Finderlohnes von gefundenen Staatsobligationen Nr. 171. c) Geldfund Nr. 1716. d) Fund eines Versatzzettels Nr. 1745. 3. Beweis der mala fides im Falle der §§. 367 und 456 a. b. G. B. Nr. 1417. 4. Anwendung des §. 367 a. b. G. B. auf Coupons Nr. 1417. 5. Ersitzung: a) Besitz als Erforderniß der Ersitzung Nr. 935, 1416. b) Ersitzung des Eigenthums oder Ausübung einer Forstservitut? Nr. 2118. c) Unersitz-

C. Dienstbarkeiten.

Nr. 2136. d) Collision mit einem älteren Pfandrechte Nr. 933. e) Bestandverhältniß, Wohnungsrecht oder andere Servitut? Unstatthaftigkeit der Aufkündung Nr. 3134.

D. Emphyteuse, Erbpacht und Superficies.

I. Emphyteuse. 1. Verpflichtung des Obereigenthümers zur Zahlung der auf den Canon entfallenden Einkommensteuer Nr. 33. 2. Fortbestand des Pfandrechtes beim Rückfall des Grundes Nr. 1960. 3. Ungiltigkeit der Veräußerung des Nutzungseigenthumes gegen das vertragsmäßige Verbot des Obereigenthümers Nr. 2490.

II. Erbpacht. 1. Erbpachtvertrag mit cassatorischer Clausel Nr. 137. 2. Nachlaß des Erbpachtzinses Nr. 624. 3. Pachtvertrag mit Verabredung über Umwandlung in Erbpacht Nr. 2686.

III. Superficies. Bodenzins oder Miethzins? Nr. 1428.

E. Reallasten.

I. Allgemeines. 1. Fortbestand der Reallasten Nr. 1769. 2. Reallast oder Servitut? Nr. 1098. 3. Reallast oder Pfandschuld? Nr. 648, 891. 4. Jährliche Leistung als Entgelt für die Einräumung einer Realservitut Nr. 126. 5. Eintragung in der Rubrik des Besitzstandes Nr. 672. 6. Vorgang bei Eintragung einer durch Urtheil festgestellten Reallast Nr. 1837. 7. Ersitzung Nr. 1193. 8. Beweislast bei der actio confessoria Nr. 1189.

II. Ausgeding. 1. Rechtliche Natur Nr. 1035, 3100. 2. Wohnungsrecht als Ausgeding. Subjectiver Umfang desselben Nr. 2945. 3. Anspruch auf Sicherstellung des Ausgedinges auf einer anderen Realität Nr. 1888. 4. Persönliche Haftung des Bestellers Nr. 550. 5. Tod eines der beiden Auszugsberechtigten Nr. 479, 1449, 2256, 2809. 6. Fälligkeit eines vermachten theilbaren Ausgedinges Nr. 177. 7. Einklagung des Ausgedinges wider einen der Miteigenthümer Nr. 2020. 8. Befugniß des Berechtigten, auf den Geldwerth der rückständigen Leistungen zu klagen Nr. 2669. 9. Executive Veräußerung der belasteten Realität Nr. 341, 1090, 1241, 2592, 2638, 2695. 10. Executive Schätzung eines Ausgedinges Nr. 2161. 11. Unzulässigkeit der executiven Feilbietung Nr. 1460, 3110. 12. Unanwendbarkeit des §. 1488 a. b. G. B. Nr. 3100.

III. Zehentrecht. Expropriation des zehentpflichtigen Grundstückes Nr. 450.

IV. Bannrecht. Nr. 1865, 2006, 2069.

V. Messenstiftung. Verpflichtung des Besitzers eines mit einer solchen belasteten Grundstückes zur Zahlung ohne Nachweis der Persolvirung der Messen Nr. 2783.

F. Pfandrecht.

I. **Voraussetzung.** 1. Rechtliche Natur des durch Pfandrecht sicherzustellenden Anspruches Nr. 2320. 2. Accessorischer Charakter des Pfandrechtes Nr. 2389. 3. Pfandbestellung für künftige Forderungen Nr. 168, 1406, 2089 (Credithypothek), 2188 (Unzulässigkeit einseitiger Abtretung derselben). 4. Pfandbestellung zur Sicherstellung einer Heiratscaution Nr. 2077. 5. Für noch unbestimmte Ansprüche Nr. 2404. 6. Pfandbestellung für die genaue Erfüllung eines Vertrages Nr. 415. 7. Hypothekar- oder Personalschuld? Nr. 2510.

II. **Gegenstand.** 1. Unzulässigkeit eines Pfandrechtes an einer Realservitut Nr. 2540. 2. Unzulässigkeit der Bestellung einer Hypothek an einer fideicommissarischen Substitution Nr. 2853. 3. Verpfändung einer gemeinschaftlichen Sache für eine getheilte Schuld Nr. 2162. 4. Weiterverpfändung einer in der Innehabung des Verpfänders belassenen Sache Nr. 2867. 5. Verpfändung eines Waarenlagers Nr. 1312. 6. Pfandrecht an einem Kirchenstuhl Nr. 771. 7. Verpfändung der Civilfrüchte Nr. 246, 576, 587, 800. 8. Verpfändung einer Lebensversicherungspolizze Nr. 3130. 9. Verpfändung auf fremden Namen lautender Obligationen Nr. 1028. 10. Pfandrecht an gerichtlichen Depositen Nr. 758, 973, 1368, 2558, 2762, 3051. 11. Pfandrecht an einem Grundentlastungscapital Nr. 1520. 12. Caution in baarem Gelde Nr. 271, 1017, 2103, 2894, 3107. 13. Forderung als Caution Nr. 2404. 14. Afterpfandrecht Nr. 318, 716, 1097, 2924. 15. Afterpfandrecht als Grund der Nichtzahlung einer Pfandschuld? Nr. 2584. 16. Zulässigkeit von Einwendungen gegen den Bestand der Hypothekarforderung gegenüber dem gutgläubigen Afterpfandgläubiger Nr. 2389.

III. **Umfang.** 1. In Ansehung der Civilfrüchte Nr. 96, 576, 587, 800, 3107 (Zinsen der Geldcaution). 2. Verpfändung einer gemeinschaftlichen Sache für eine Theilschuld Nr. 259, 2162. 3. Pignoris causa indivisa Nr. 241, 995, 1082. 4. Ungiltigkeit der ohne Zustimmung der Hypothekargläubiger erfolgten Abtrennung Nr. 1537. 5. Haftung der Pfandsache für die Zinsen Nr. 1583, 2914. 6. Für das Capital Nr. 2077. 7. Für die Pränotationskosten? Nr. 2754. 8. Nichtberechtigung des Hypothekarschuldners zum Einkommensteuerabzug für die seiner Besitzerwerbung vorausgehende Zeit Nr. 2391.

IV. **Entstehung durch Privatwillen.** 1. Verpfändung einer Sache vor erlangtem Dispositionsrecht über dieselbe Nr. 436. 2. Verpfändung im eigenen und im Vollmachtsnamen Nr. 2691. 3. Verpfändung oder Cession? Nr. 349. 4. Bedingte Einräumung des Pfandrechtes Nr. 1606.

V. **Ersitzung.** Nr. 883, 1027.

VI. **Gesetzliches Pfandrecht.** 1. Des Vermiethers: a) Gegenstand Nr. 37, 1151, 2805. b) Erwerbung Nr. 236, 2679, 2756. c) Umfang und Dauer Nr. 413, 732, 1788, 2387, 2755, 2925. d. Geltendmachung im

Concurs Nr. 4, 541. 2. Des Verpächters Nr. 498, 2331. 3. Des Versicherers an dem versicherten Schiff Nr. 909. 4. Für Steuern und Gebühren Nr. 595, 780, 941, 1335, 2804, 2807, 2810, 3186.

VII. Pignus judiciale. 1. Unanwendbarkeit des §. 456 a. b. G. B. Nr. 402, 2254, 3041. 2. Pfändung der Forderung an eine öffentliche Casse Nr. 1123. 3. Zeitpunkt der Vollendung des Pfändungsactes Nr. 1110, 2232. 4. Executive Pfändung ohne Nachweis des Nichtausreichens des bereits erworbenen executiven Pfandrechtes. Nr. 3138. 5. Umfang des executiven Pfandrechtes Nr. 2754.

VIII. **Pränotation und Intabulation.** 1. Zulässigkeit der Pränotation; a) einer schon versicherten Forderung Nr. 716, 1150, 1578, 2081. b) einer streitigen Forderung Nr. 1649. c) einer bedingten Forderung Nr. 2532. d) eines Anspruches auf Leistungen in faciendo Nr. 2544. e) eines Regreßanspruches Nr. 2692. f) eines Anspruches causa data causa non secuta Nr. 1868. g) ohne Rücksicht auf Gefahr Nr. 1582. h) auf Grund eines Grundbuchsauszuges Nr. 260. i) eines schriftlichen Versprechens der Vormerkung Nr. 1049. k) amtlicher Ausfertigung eines von der Behörde geschlossenen Vertrages Nr. 1170. l) eines notariell beglaubigten Contocorrents Nr. 195, 355. m) eines Einredeprotokolles Nr. 572. n) eines Proceßverhandlungsprotokolles Nr. 1899. o) der Bescheinigung einer Ersatzforderung wegen einer strafbaren Handlung Nr. 2494. p) einer allgemein lautenden Empfangsbestätigung Nr. 1346. q) eines Oblatoriums Nr. 1885. r) eines Handelsbuchauszuges trotz mangelnder Bestätigung der ordentlichen Buchführung Nr. 249, 1122, 2222. s) ungeachtet der Buchführer in Concurs verfiel und trotz mangelnder Unterschrift des Buchführers Nr. 2436. t) eines in bianco girirten Wechsels Nr. 1512, 2621, 2661. u) eines in Abschrift vorgelegten Wechsels Nr. 2231. v) eines nach Mittheilung des Untersuchungsrichters gefälschten Wechsels Nr. 2645. w) einer Quittung über eine für den Pränotaten geleistete Zahlung Nr. 2405. x) trotz inzwischen angemerkter Dispositionsbeschränkung Nr. 502. y) trotz eines intabulirten Einschuldungsverbotes Nr. 1810, 2410. z) Nicht executive Einverleibung auf Grund eines Schiedsspruches Nr. 2808. aa) Pränotation der Löschung einer mit Superpfandrechten belasteten Hypothekarforderung ohne Nachweis der Zustimmung der Supersatzgläubiger Nr. 2151. bb) Beschränkung der Pränotation auf ein zu einem Familienfideicommiß bestimmtes Gut Nr. 3046. 2. Unzulässigkeit der Pränotation: a) nicht existirender Ansprüche Nr. 1034, 1387. b) eventueller Ansprüche Nr. 231, 283, 468, 568, 629, 1113, 1204, 1387, 1570, 1577, 1586, 1710, 1861, 1916, 2033, 2158, 2187, 2207, 2320, 2335 (eheliches Güterrecht). 2422, 2477 (Regreßansprüche), 2450, 2538, 3017 Pflichttheilsanspruch). c) einer schon versicherten Forderung Nr. 245, 963. d) eines Handelsbuchauszuges wegen mangelnder Bestätigung der ordentlichen Buchführung Nr. 871. e) einer einzelnen Rechnungspost Nr. 2509. f) eines Buchauszuges über escomp-

tirte Wechsel Nr. 2183. g) eines Handelsconto nach Ablauf der in §. 120 a. G. O. bestimmten Frist Nr. 249, (2215), 2379. h) einer später fällig werdenden Forderung auf einer früher fälligen Gegenforderung Nr. 1873. i) eines verjährten Wechsels Nr. 1674, 2379, 2453. k) des Anspruches auf Verzugszinsen einer Wechselschuld Nr. 1892. l) Während der Verhandlung über die Giltigkeit der Intabulation Nr. 1681. m) auf eine streitige Satzpost Nr. 1624. n) eines bedingten Endurtheils Nr. 2153, 2602. o) auf ein grundbücherlich versichertes fideicommissarisches Substitutionsrecht Nr. 2579. p) auf ein zu einem Familienfideicommiß bestimmtes Grundstück Nr. 3047. q) von Alimentationsansprüchen auf Grund des lediglich das Verschulden des Pränotaten constatirenden Scheidungserkenntnisses Nr. 2662. r) eines Ersatzanspruches auf Grund des die Beschädigung constatirenden Protokolles über den Kunstbefund Nr. 2690. 3. Rechtfertigung der Pränotation: a) vor Fälligkeit der Forderung Nr. 2247. b) einer ungewissen Forderung Nr. 1249. c) ohne besonderes Justificirungserkenntniß Nr. 439, 1687, 1934, 2177. d) durch bloßen Nachweis des Forderungsbestandes Nr. 2375. e) Entbehrlichkeit derselben im Falle einer Zahlungsübernahme Nr. 567. f) Veräußerung der Pfandsache vor der Rechtfertigung Nr. 1324, 1845, 2570. g) Veräußerung der Pfandsache nach der Rechtfertigung Nr. 1112. 4. Intabulation: a) Giltigkeit der einem widerrechtlich Eingetragenen eingeräumten Hypothek Nr. 1803. b) Pfandrechtseinverleibung trotz eines intabulirten Veräußerungs- und Einschuldungsverbotes Nr. 2160. c) Intabulation auf Grund des §. 822 a. b. G. B. Nr. 2406. d) Intabulation eines Urtheils bezüglich künftiger Leistungen Nr. 901, 1166. e) eines pränotirten Urtheils Nr. 1167. f) Unzulässigkeit der Intabulation gegen den Nacherben an Stelle einer gegen den Vorerben erwirkten, ungerechtfertigt gebliebenen Pränotation Nr. 3177. g) der Einverleibung des Pfandrechtes bei einer früher eingeräumten Credithypothek nach erfolgter executiver Veräußerung des Grundstückes Nr. 2089. h) Gesuch um Intabulation eines Dritten behufs eigener Supereinverleibung Nr. 1678, 1680. i) Eintragung einer mit dem Gelde des Mandanten erworbenen Forderung auf den Namen des Mandatars Nr. 1821. k) Intabulation des Pfandrechtes für die auf den Kaufpreis gewiesene Grundentlastungsschuld vor der Gewähranschreibung des Erstehers der Liegenschaft Nr. 3040. l) Einfluß der Intabulation eines Vortrages über die vorzunehmende Abtrennung einzelner Bestandtheile eines Grundbuchsobjectes auf die Rechte nachfolgender Gläubiger Nr. 2678. m) Grundbücherliche Uebertragung des für nachträglich zu liquidirende Forderungen einverleibten Pfandrechtes Nr. 2505, 2612. n) Unzulässigkeit einer einseitigen Abtretung einer Credithypothek Nr. 2188. o) Erwerb einer Hypothek (Afterhypothek) im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher 2196, 2940. p) Erwerb einer Hypothek mala fide Nr. 2550, (3070).

IX. **Simultanhypotheken.** 1. Behandlung derselben bei der executiven Kaufschillings-Vertheilung Nr. 602, 837, 1200, 1345, 2565, 3036; (Einflußlosigkeit der Zuweisung des Erlöses aus der einen Hypothek auf die andere Hypothek) Nr. 2113. 2. Berücksichtigung der zwar in der Schuldurkunde, aber nicht im Grundbuch ersichtlich gemachten Solidarität der Haftung Nr. 2601. 3. Regreßanspruch im Falle der Tilgung Nr. 593.

X. **Rangordnung der Pfandrechte.** 1. Gerichtliche Pfandrechte Nr. 200, 758, 973, 1368, 2087, 2558, 2762, 3019, 3051. 2. Des gesetzlichen Pfandrechtes des Bestandgebers Nr. 236, 936, 1046, 1153, 2079, 2679, 2787 (verschiedener Vermiether), 2909, 2925, 2985, 3198 (Collision mit dem nach Wegbringung der Sachen aus den vermietheten Räumen erworbenen gerichtlichen Pfandrecht). 3. Des gesetzlichen Pfandrechtes für Steuern und Gebühren Nr. 674, 811, 1550, 1770. 4. Des Pfandrechtes des Wiederherstellers eines abgebrannten Hauses Nr. 330. 5. Des Pfandrechtes im Falle der erst in dritter Instanz bewilligten Einverleibung Nr. 1122, (2860). 6. Des Pfandrechtes im Falle der Weiterverpfändung einer in der Innehabung des Verpfänders belassenen Sache Nr. 2867. 7. Des Pfandrechtes für die Executionskosten Nr. 552, 918, 1336, 1750, 1773, 1961, 2265, 2354, 2378, 2385, 2395, 2681, 3095. 8. Für Zinsen Nr. 258, 1184, 1458, 2681. 9. Rangordnung der Eintragung von Modificationen einer bereits grundbücherlich sichergestellten Verpflichtung, durch welche die Last vergrößert wird Nr. 2956. 10. Wirkung der theilweisen Cession einer Hypothekarforderung an einen dritten Theilzahler auf die nachstehenden Hypothekargläubiger Nr. 3067.

XI. **Pfandklage.** 1. Gegen den dritten Besitzer ohne Belangung des Personalschuldners Nr. 433. 2. Gegen den Erwerber der vor der Pränotationsrechtfertigung veräußerten Pfandsache Nr. 1324. 3. Gegen den Erben vor der Einantwortung Nr. 2699. 4. Gegen den Erben auf Grund eines grundbücherlich sichergestellten Creditvertrages Nr. 2702, 2703. 5. Nichtberechtigung des Hypothekarschuldners zur Geltendmachung der Einwendung der mangelnden Baluta Nr. 2993. 6. Execution gegen den dritten Besitzer auf Grund des Urtheils gegen den Personalschuldner Nr. 1071, 1780, 1783. 7. Zahlungsauftrag „bei Executionsvermeidung". Bestimmung des Objectes Nr. 2349. 8. Einfluß eines nicht intabulirten Wiederkaufrechtes auf spätere Hypotheken Nr. 2438. 9. Anspruch auf gerichtliche Hinterlegung im Falle von Superintabulationen Nr. 1993. 10. Verjährung Nr. 842, 843, 1013 1085, 1405.

XII. **Realisirung des Pfandrechts.** 1. Mitbietungsrecht des dritten Besitzers bei der executiven Feilbietung Nr. 377. 2. Unbestreitbarkeit einer hypothekarisch versicherten Forderung durch einen anderen Hypothekargläubiger Nr. 1051, 2012. 3. Einfluß der Concurseröffnung auf die Vertheilung des Meistgebotes Nr. 582. 4. Behandlung einer auf verschiedenen

idealen Theilen des feilgebotenen Grundstückes in verschiedener Reihung sichergestellten Forderung Nr. 2781. 5. Stellung des auf einem einzelnen Objecte sichergestellten Pfandgläubigers bei executiver Veräußerung einer aus mehreren Grundbuchsobjecten bestehenden Gesammtsache Nr. 2663. 6. Unzulässigkeit der Befriedigung des Hypothekargläubigers aus der für das abgebrannte Haus von der Versicherungsanstalt geleisteten Entschädigung Nr. 2777, (2885), (3126). 7. Behandlung des in den Händen des Erstehers gebliebenen Kaufschillings Nr. 544. 8. Persönliche Haftung des Erstehers für die überwiesenen Schulden Nr. 806, 2280, 5248. 9. Haftung des Erstehers für rückständige Besitzveränderungsgebühren Nr. 1459, 2810, 3186. 10. Verpflichtung des befriedigten Hypothekargläubigers zur Abtretung seines Anspruches gegen den Personalschuldner Nr. 1102. 11. Haftung der Pfandgläubiger im Falle der Eviction der verkauften Pfandsache Nr. 431. 12. Berechtigung zum Abzuge von einer Caution Nr. 2103, 2894. 13. Privilegium der Sparcassen Nr. 681. 14. Executionsprivilegium der Nationalbank Nr. 2432, 3029. 15. Der Bodencreditanstalt Nr. 2757.

XIII. **Löschung der Hypotheken.** 1. Auf Verlangen dritter Personen Nr. 89. 2. Nach Ablauf von drei Jahren Nr. 184, 2498. 3. Wegen rechtskräftiger Abweisung der Klage auf Zahlung der versicherten Forderung Nr. 2193. 4. Pränotation der Löschung einer mit Superpfandrechten belasteten Hypothekarforderung ohne Nachweis der Zustimmung der Supersatzgläubiger Nr. 2151, 2648. 5. Unzulässigkeit der Eintragung eines bedingten Löschungsconsenses Nr. 485. 6. Unzulässigkeit der Löschung auf Grund der Schuldhinterlegung Nr. 1564. 7. Einwilligung des Cedenten in die Löschung Nr. 1109. 8. Löschung der Pränotation Nr. 2464. Erlöschung des im Hypothekenbuche nicht gelöschten Pfandrechtes durch Zahlung der Schuld nach dem Systeme des italienischen Hypothekarwesens Nr. 2688. 10. Amortisirung einer Satzpost Nr. 2891.

III. Obligationenrecht.

A. Obligationen überhaupt.

I. **Gesammtschuldverhältnisse.** 1. Auf Grund gemeinschaftlich ertheilter Advocatenvollmacht Nr. 1959, 2017. 2. Beitritt zur Schuld „als präsumtive Erben" Nr. 2319. 3. Klage gegen den einen Correalschuldner trotz erfolgter Belangung des anderen Nr. 1086. 4. Bezahlung der ganzen Schuld durch einige von sämmtlichen verurtheilten Solidarschuldnern Nr. 1754. 5. Solidarische Schuldanerkennung seitens der Cessi Nr. 2202. 6. Behandlung einer Correalschuld im Concurs Nr. 391. 7. Behandlung einer im Grundbuch als solcher nicht ersichtlich gemachten Solidarschuld der Miteigenthümer bei der Meistgebotsvertheilung Nr. 3025.

Anspruches aus derselben Nr. 416, 1268. d) Verzicht auf Geltendmachung derselben? Nr. 2361. e) Beweis derselben Nr. 302.

13. Verträge zu Gunsten Dritter Nr. 324, 404, 493, 721, 747, 988, 1193, 1693, 2390, 2915 (zu Gunsten einer im Testamente erst zu bestimmenden Person), 2131 (gemeinsame Klage des Vertretenen und des Vertreters gegen den anderen Contrahenten), 2548 (Res inter alios acta).

V. **Haftung für Andere.** Nr. 215, 863, (cf. 2820), 1171, 1242. Haftung des Kaffeehausbesitzers für die Sachen, welche seinem Marqueur zur Aufbewahrung übergeben worden sind? Nr. 2531, 2672, 2800, 2926. Grenzen der Haftung einer Gesellschaft für das Verschulden ihrer Beamten Nr. 2746.

VI. **Erfüllung.** 1. Zeit und Ort Nr. 297, 861, 1154, 1357, 1374, 1378, 1965, 2227, 2481. 2. Unmöglichkeit Nr. 332, 1233, 1683, 1978, 2480 (Zeitpunkt für die Berechnung im Falle späterer Unmöglichkeit der im Urtheile auferlegten Leistung Nr. 2876), 2915. 3. Rechtliche Folgen der Nichterfüllung eines Vertrages Nr. 394, 527, 550, 1556, 1619, 2946, 2983 (Unstatthaftigkeit der Ersatzklage an Stelle der Klage auf Erfüllung). 4. Exceptio non adimpleti contractus Nr. 421, 599, 1291, 1541, 1712, 2979. 5. Erfüllungsversprechen Nr. 861, 1039, 1078, 1101, 1405, 1590, 2126, 2458, 2769. 6. Einfluß der anticipativen theilweisen Erfüllung eines Vertrages, dessen schriftliche Errichtung verabredet wurde Nr. 3218.

VII. **Verzug.** 1. Subjective Voraussetzungen Nr. 358. 2. Verzögerte Zurückstellung entlehnter Staatsobligationen Nr. 514. 3. Verzugszinsen von Zinsrückständen? Nr. 284. 4. Von Naturalleistungen? Nr. 2324. 5. Von noch nicht gerichtlich bestimmten Alimentationsgeldern Nr. 2567. 6. Verzugszinsen von einem Heiratsgute vom Tage der aufgelösten Ehe an? Nr. 293. 7. Verzugszinsen von einem durch Schuld des Käufers noch nicht bestimmten Kaufschilling? Nr. 117. 8. Eintritt der Mora des Vermächtnißschuldners mit dem Zahlungstage des Legates Nr. 2357, 2704. 9. Eintritt der Mora im Falle einer bedingten Zahlungszeit Nr. 2742. 10. Ipso jure Verpflichtung zur Zahlung von Urtheilszinsen Nr. 2948. 11. Recht auf Verzugszinsen gegen die Concursmasse Nr. 378, 653. 12. Anspruch auf höhere Verzugszinsen vermöge rückwirkender Kraft eines neuen Gesetzes? Nr. 3104. (13. Verzugs- oder Vertragszinsen? Nr. 2871. 14. Fortlaufen der Zinsen trotz mora accipiendi Nr. 2979.)

VIII. **Cession.** 1. Cession an Zahlungsstatt oder zum Incasso? Nr. 166, 1118. 2. Cession oder Verpfändung? Nr. 349. 3. Cession einer eingeklagten Forderung während des Processes Nr. 3053. 4. Cession einer mit Verbot belegten Forderung Nr. 529. 5. Cession einer executiv eingeantworteten Forderung Nr. 872. 6. Cession einer Forderung nach quittirter Tilgung derselben Nr. 2955. 7. Cession einer schon getilgten Hypothekarforderung Nr. 611, 618, 1109, 1395, 1659, 1778,

competentiae Nr. 444. 14. Gerichtliche Hinterlegung Nr. 1667, 1738, 1760, 1762, 1858, 1971; Hinterlegung durch einen Dritten Nr. 2159, 2381, 2708, (3080). Berechtigung zur Hinterlegung Nr. 3149. 15. Afterpfandrecht als Grund der Nichtzahlung einer Pfandschuld? Nr. 2584.

XI. Novation. Nr. 909, 1209, 1311, 1866, 2608, 2634, 2839, 2919, 2932, 2973, 3146.

XII. Compensation. Vertragsmäßige Compensation Nr. 393. 2. Klage mit Abzug der Gegenforderung Nr. 1297. 3. Unzulässigkeit der Berücksichtigung der Compensation von Amtswegen Nr. 2378. 4. der Compensation von Forderungen für die aus einem sequestrirten Geschäft verkauften Waaren mit Forderungen an den Executen Nr. 2168. 5. der Compensation mit einer illiquiden Forderung Nr. 264, 1525, (Beweis der Gegenforderung durch Zeugen Nr. 2264). 6. Compensation mit Forderungen gegen den Cedenten Nr. 828, 857. 7. Compensation im Concurs Nr. 765, 1087, 1262, 1826, 1939. 8. Compensation im Ausgleichsverfahren Nr. 1973. 9. Ordnung, in welcher bei mehreren Forderungen zu compensiren ist Nr. 291. 10. Zeitpunkt der Tilgung der Forderung durch Compensation Nr. 770. 11. Compensation mit einer bereits aufgerechneten Gegenforderung Nr. 2236. 12. Verzicht auf die Compensation Nr. 699.

XIII. Schulderlaß. 1. Vollwirksamkeit des mündlichen schenkungsweisen Erlasses Nr. 445, 1362, 3061. 2. Nichteinhaltung der Bedingungen des Schulderlasses Nr. 411. 3. Erklärung des Gläubigers, das er nichts mehr zu fordern habe Nr. 1161. 4. Stillschweigender Verzicht Nr. 2976.

B. Einzelne Schuldverhältnisse.

I. Geschäftsobligationen.

1. Darleihen. a) Darleihen zum Theile in Geld, zum Theile in Privatforderungen hingegeben Nr. 295. b) Verwandlung eines Kaufvertrages in ein Darleihen? Nr. 170. c) Umwandlung einer Vorauszahlung in ein Darlehen Nr. 1714. d) Darleihen oder Creditiren der Cessionsvaluta? Nr. 104. e) Darleihen oder Depositum? Nr. 1608. f) Verabredung eines Kaufgeschäftes bei einem verzinslichen Darleihen Nr. 528. g) Unzulässigkeit des Verzichtes auf das im §. 991 a. b. G. B. eingeräumte Recht Nr. 1094. h) Umfang der Haftung des Darlehensschuldners einer Pfandleihanstalt Nr. 2381. i) Querela und Exceptio non numeratae pecuniae Nr. 58, 630, 1971. k) Wucher im Capital? Nr. 2015. l) Abschluß einer Anleihe. Klagerecht des Darleihers im Interesse der Inhaber der Partialobligationen? Nr. 2409.

2. Verwahrungsvertrag. a) Umfang der Pflicht des Verwahrers Nr. 114, 2784 (Haftung des Verwahrers für das ihm entwendete Depositum?). b) Depositum irregulare Nr. 1608.

3. Schenkungsvertrag. a) Schenkung oder Vergleich? Nr. 519, 1812, 3199. b) Schenkung oder entgeltlicher Vertrag? Nr. 1072, 2711. c) Schenkungs- oder Dotalversprechen? Nr. 1631, (2353). d) Klage ohne Production der Schenkungsurkunde Nr. 763. e) Formlosigkeit des schenkungsweisen Erlasses Nr. 3061. f) Schenkung in fraudem creditorum Nr. 1507.

4. Geschäftsführung. a) Umfang einer Vollmacht Nr. 789, 970, 1350, 1549, 1596, 2010, 2108, 2437, 2846, 2978. b) Auslegung einer Vollmacht Nr. 655, 1172, 2691. c) Ueberschreitung der Vollmacht Nr. 358, 784, 809, 1351. d) Vorgeschützte Vollmacht Nr. 3043. e) Klagrecht des Mandatars gegen den Dritten Nr. 538, 1728. f) Berechtigung des Mandanten zur processualischen Intervention Nr. 2182. g) Anspruch des Mandanten auf eine mit seinem Gelde erworbene, auf den Mandatar geschriebene Forderung Nr. 1645, 1821. h) Selbsthaftung aus einem in fremdem Namen geschlossenen Vertrag Nr. 1295, 2238. i) Haftung des Notars für den durch die unterlassene Protesterhebung herbeigeführten Verlust des Regreßrechtes des Wechselinhabers Nr. 2791. k) Theilung des Schadens zwischen Mandant und Mandatar im Falle beiderseitigen Verschuldens Nr. 1384. l) Erlöschung der Vollmacht durch den Tod des Mandanten Nr. 3170. m) Assignation Nr. 60, 61, 1533, 1915, 2176, 2674, (2548). n) Negotiorum gestio Nr. 226, 1393, 1617, 1775, 2003, 2116.

5. Kaufvertrag: a) Kaufvertrag oder pactum de contrahenda emtione? Nr. 1908, 3079. b) Kaufvertrag oder Glücksvertrag? Nr. 2738. c) Bestimmtheit des Kaufobjectes Nr. 1291. d) Verkauf einer Grundstücksparcelle ohne Zerstücklungsbewilligung Nr. 859, 882, 3132. e) Mehrmaliger Verkauf derselben Sache Nr. 388, 556, 1369, 2112. f) Verkauf einer Theaterloge Nr. 2143. g) Bestellung einer Maschine Nr. 475. h) Pränumeration auf ein Werk in Lieferungen Nr. 12, 1361. i) Abschluß eines Kaufvertrages unter dem Vorbehalt der Erlangung einer gewissen Concession Nr. 3217. k) Veräußerung von Waaren bei beiden Contrahenten bekannter Ueberschuldung des Verkäufers Nr. 2915. l) Ungiltigkeit des schriftlichen Kaufvertrages wegen mangelnder Angabe der Höhe des quittirten Kaufpreises Nr. 2143. m) Stillschweigende Einwilligung in den geforderten Kaufpreis? Nr. 2288. n) Annahme von Waaren ohne vorausgegangene Feststellung des Preises Nr. 2476. o) Kauf eines Gewerbes um einen höheren als den Normalpreis Nr. 2667. p) Irrthum in Ansehung der vom Käufer zur Zahlung übernommenen Satzposten Nr. 3139. q) Dissimulation des verabredeten Kaufpreises in der über das Kaufgeschäft errichteten Notariatsurkunde Nr. 2992. r) Simulation eines Kaufvertrages Nr. 776. s) Verkauf auf Borg? Nr. 1106, 2630. t) Uebergang der Rechte und Verbindlichkeiten aus einem grundbücherlich sichergestellten Creditvertrage auf die Erben Nr. 2702, 2703. u) Versprechen der Zahlung nach Verbrauch der Waare Nr. 1823. v) Haftpflicht des Verkäufers Nr. 1381,

1890. w) Ersatzanspruch des Lieferanten bei Abbestellung einer übertragenen Lieferung Nr. 2946. x) Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des physischen Besitzes Nr. 1629. y) Verabredung einer längeren, als der im §. 933 a. b. G. B. festgesetzten Garantiefrist Nr. 3144. z) Verpflichtung des Käufers zur Bezahlung des Capitalwerthes der von ihm auf Rechnung des Kaufschillings mit einem capitalisirten Werthe zur Zahlung übernommenen wiederkehrenden Leistungen nach Beendigung derselben Nr. 2966. aa) Zurücksendung der Waare unter falscher Adresse Nr. 1088. bb) Verwandlung eines Kaufvertrages in ein Darleihen? Nr. 170. cc) Bereiterklärung des Käufers in der Klage zur Zahlung des Kaufpreises Nr. 380. dd) Vorkaufsrecht zu Gunsten des Miteigenthümers Nr. 1366. ee) Wiederkaufsrecht Nr. 986, 1223, 2384. ff) Einfluß eines nicht intabulirten Wiederkaufsrechtes auf spätere Hypotheken Nr. 2488. gg) Oeffentliche Feilbietungen: α) unerlaubte Verabredungen Nr. 51, 228, 1585, 1812, 3171. β) Haftung bei Abgang eines der erstandenen Grundstücke Nr. 471. γ) Verkauf eines Grundstückes nach angegebenem Flächenmaß mit der Erklärung, dafür nicht zu haften Nr. 2388. δ) Cassatorische Clausel. Relicitation Nr. 2203.

6. Bestandvertrag: a) Mieth- oder Pachtvertrag? Nr. 316, 1616, 2790, 2865. b) Vermiethung eines Kirchenbesitzes? Nr. 3215. c) Zeitpacht oder Erbpacht? Nr. 1501. d) Pachtvertrag mit Verabredung über Umwandlung in Erbpacht Nr. 2685. e) Servitut oder Bestandrecht? Nr. 2696, 3134 (Unkündbarkeit). f) Auslegung Nr. 2537. g) Verpachtung an einen Miteigenthümer Nr. 1257, (2560). h) Verpachtung an einen Miterben Nr. 1271. i) Verpachtung durch einen Miteigenthümer Nr. 1477, 1858. k) Verpachtung durch den Fruchtnießer Nr. 1258. l) Zeitabschnitt, für welchen der Miethzins als festgesetzt anzusehen ist Nr. 2984. m) Rechtliche Natur der Erneuerung des Bestandvertrages Nr. 788. n) Dauer eines stillschweigend erneuerten Bestandvertrages Nr. 185, 1752. o) Stillschweigende Erneuerung? Nr. 1953. p) Vorauszahlung des Miethzinses Nr. 364. q) Berechnung der Frist zur Zahlung von Miethzinsen nach dem durch das örtliche Recht fixirten Kündigungstermin Nr. 2135. r) Zahlung des Miethzinses an den Executen Nr. 983. s) Nichterfüllung des Miethvertrages durch den Vermiether Nr. 384. t) Verzögerung des Einzuges des Miethers Nr. 1443. u) Verpflichtung des Verpächters zur Herstellung der durch ein Elementarereigniß verwüsteten Sache? Nr. 1843. v) Sandablagerung auf dem verpachteten Grundstücke durch Ueberschwemmung Nr. 156. w) Wiederwegnahme der vom Pächter gepflanzten Bäume Nr. 772. x) Einsammlung von Früchten nach Ablauf der Pachtzeit Nr. 1201. y) Erlaß am Pachtzins Nr. 176, 714. z) Auflösung eines Bestandvertrages durch die Administrativbehörde Nr. 908. z*) Aufhebung der Pacht einer Gewerbegerechtigkeit durch die Gewerbefreiheit? Nr. 2869. aa) Versprechen des Bestandgebers nicht zu

kündigen Nr. 386, 1344, 1420, 1444, 1504, 2628 (Zusage des Vermiethers an den Aftermiether), 2671 (Zusage „falls die Miether ihren Verpflichtungen pünktlich nachkommen"). bb) Berechtigung zur Kündigung im Falle der Sequestration der Bestandsache Nr. 1610. cc) Kündigungstermin bei Vermiethungen „auf's Jahr" Nr. 1168, 1587. dd) Aufkündigung einer auf unbestimmte Zeit vermietheten Wohnung im Falle späterer Veränderung des „Jahreszinses" Nr. 2114. ee) Auslegung der Verabredung „halbjähriger Aufkündigung" Nr. 3141. ff) Kündigungstermin im Falle stillschweigender Erneuerung Nr. 1053. gg) Berechnung der Kündigungstermine Nr. 924, 1461. hh) Aufkündigung vor der vorhergesehenen Umwandlung des Pachtverhältnisses in Erbpacht Nr. 2686. ii) Verspätete Aufkündigung Nr. 974. kk) Verfrühte Aufkündigung Nr. 1457. ll) Unterlassene Aufkündigung eines „widerruflichen" Bestandvertrages Nr. 987. mm) Kauf bricht Miethe Nr. 1429. nn) Eintritt des neuen Eigenthümers in das Bestandverhältniß Nr. 323. oo) Einwilligung des Miethers in den Verkauf der Bestandsache Nr. 458. pp) Voraussetzungen der Berechtigung des Verpächters zur Aufhebung des Pachtvertrages Nr. 2903. qq) Vertragsmäßige Berechtigung des Bestandgebers zur Aufhebung des Bestandverhältnisses Nr. 288, 401, 1789, 2479, 2560. rr) Einschränkende Auslegung der cassatorischen Clausel Nr. 2178. ss) Aufhebung des Bestandvertrages wegen Zinsrückstandes Nr. 1591, 1902, 1909, 3008. tt) Rücktritt vom Miethvertrage einer Wohnung wegen Benützung einer anderen Wohnung zu unsittlichen Zwecken? Nr. 2303. uu) Unbrauchbarkeit der gemietheten Wohnung Nr. 2504. vv) Klage auf Zurückstellung nach Ablauf der Pachtzeit Nr. 1288. ww) Einfluß des Concurses auf das Bestandverhältniß Nr. 111, 364, 410, 643, 774, 1128, 1785. xx) Einfluß der Verpachtung der ganzen Sache auf eine frühere Verpachtung eines Theiles derselben Nr. 2986. yy) Afterbestand Nr. 643, 1036, 1157, 1788, 2051, 2560 (Weitere Vermiethung an einen Dritten, der zugleich Hausadministrator ist Nr. 2936. zz) Pränotation der Rechte des Bestandnehmers Nr. 1516, 1579.

7. Lohnvertrag: a) Lohn- oder Gesellschaftsvertrag? Nr. 1829. b) Bauübernahme gegen Pauschalbetrag Nr. 1887. c) Stillschweigender Lohnvertrag Nr. 492. d) Anspruch auf Remuneration für Einleitung fremder Rechtsgeschäfte Nr. 607. e) Lohn für Vermittlung des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages Nr. 2040. f) Aufhebung der Vermuthung der Entgeltlichkeit geleisteter Dienste durch entgegenstehende Vermuthungen Nr. 122. g) Stillschweigende Einwilligung in die Unentgeltlichkeit Nr. 1408. h) Versprechen „fürstlicher" Belohnung Nr. 492. i) Feststellung ärztlichen Honorars Nr. 1816. k) Verjährung des Entgelts für Dienstleistungen Nr. 79, 767, 1881. l) Berechnung der Vertragsdauer nach der Kalenderzeit Nr. 678. m) Rücktritt von einem Lohnvertrag wegen mangelhafter Leistung Nr. 2170. n) Entlassung eines

Schaffners vor Ablauf der Dienstzeit Nr. 1176. o) Umfang der im §. 1155 a. b. G. B. normirten Entschädigungspflicht Nr. 898, 2819.

8. Gesellschaft. a) Verpflichtung zur Rechnungslegung Nr. 2421, (2427). b) Unstatthaftigkeit der Klage auf Rechnungslegung seitens des Erben des geschäftsführenden Gesellschafters gegen den überlebenden Gesellschafter Nr. 2964. c) Haftung der Mitglieder nach ihrem Austritte Nr. 32, 126. d) Verurtheilung des nach Auflösung der Gesellschaft von einem Socius auf Zahlung belangten Gesellschaftsschuldners zur gerichtlichen Deposition der ganzen Schuld Nr. 2194.

9. Gemeinschaft: a) Begriff der „ordentlichen“ Verwaltung Nr. 123, 866, 2862. b) Bestandnahme durch einen der Miteigenthümer Nr. 123, 1257, 1271. c) Bestellung einer Servitut an einem im Miteigenthum befindlichen Grundstück Nr. 2988. d) Verpflichtung eines Gemeinschafters zur Verzinsung der ganzen Summe Nr. 1093. e) Bestellung eines Verwalters durch den Richter Nr. 749, 877. f) Juristische Natur der Nachbarschaften in Kärnten Nr. 2862. g) Recht des Miteigenthümers auf Feilbietung der ganzen Realität Nr. 180, 363, 3016. h) Recht auf Feilbietung eines ehemaligen Kirchengutes Nr. 520. i) Theilung zu „gleichen Theilen“ Nr. 838. k) Unzulässigkeit einer zu kostspieligen Theilung Nr. 649. l) Richterliche Bestimmung des Termines für Rechnungslegung bei Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache durch einen Miteigenthümer Nr. 2502. m) Geltendmachung des Umfanges des gemeinschaftlichen Vermögens durch Einrede Nr. 2355. n) Tod eines Miteigenthümers Nr. 3023. o) Gütergemeinschaft unter Bauern Nr. 2411.

10. Compromiß Nr. 36, 691, 700, 757, 1007, 1611, 2063, 2693.

11. Anerkennungsvertrag. Nr. 1743, 1885, 1920, 1940, 1956, 2066, 2126, 2202, 2633, 2691, 2733, 2836, 2871, 3145, 3148. (Schuldanerkennung oder außergerichtliches Geständniß Nr. 2643.)

12. Vergleich. Nr. 1499, 1549, 2286.

13. Leibrentenvertrag. a) Mit cassatorischer Clausel Nr. 1, 128. b) Voraussetzungen seiner Giltigkeit Nr. 1083. c) Versprechen der Verschaffung „einer sorgenfreien und glücklichen Zukunft“? Nr. [illegible]. d) Anfechtung durch die Pflichttheilsberechtigten Nr. 799. e) Verjährung der Leibrenten Nr. 959.

14. Spiel und Wette: a) Bedingungen der Giltigkeit einer Wette Nr. 1212. b) Selbstverständliche Verpflichtung des Wettenden zur Vornahme der Thätigkeit, um deren Erfolg gewettet ist Nr. [illegible]. c) Schuldschein, über eine Spielschuld ausgestellt Nr. 1078. d) Wechsel über eine Spielschuld ausgestellt Nr. 2973. (e) Glücksvertrag oder Kaufvertrag? Nr. 2738.)

15. Bürgschaft Nr. 143, 446, 751, 1313, 1866, 2009, [illegible].

16. Pfandvertrag: a) Actio pigneraticia directa. Bedingte Verurtheilung des Pfandnehmers zur Rückstellung der Pfandsache gegen

Tilgung der Pfandschuld Nr. 2822, 3214. b) Unentgeltliche Zurückgabe des Pfandes im Sinne des §. 485 St. G. B. Nr. 2829.

17. Innominatcontract: a) Ueberlassung einer Erfindung Nr. 3225. b) Gestattung von Gipsgewinnung gegen ein proportionales Entgelt Nr. 2427. c) Zweiseitige Uebereinkunft auf Zahlung einer bestimmten Summe für den Fall eines Gewinnes in der Lotterie Nr. 2711.

II. Delictsobligationen. 1. Verführung Nr. 25, 56, 652, 680, 773, 1836, 2927; 2471 (Anspruch der Verführten auf Schmerzengeld und Entschädigung für Ehrenkränkung?), 2716 (Umfang des Entschädigungsanspruches), 2901 (Anspruch auf Schmerzengeld wegen Nothzüchtigung). 2. Haftung eines Minderjährigen für ein Darlehen aus dem Titel schuldhafter Beschädigung Nr. 2497. 3. Vorgeben der Eigenberechtigung seitens eines unter verlängerter Vormundschaft stehenden Volljährigen bei Abschluß von Rechtsgeschäften Nr. 2991. 4. Beschädigung eines Hauses durch Tieferlegung der Straße Nr. 573. 5. Verminderung der Triebkraft eines Baches durch einen Eisenbahnbau Nr. 1421. (6. Entschädigungsanspruch wegen einer durch eine Eisenbahnanlage herbeigeführten Veränderung eines öffentlichen Weges Nr. 2629.) 7. Beschädigung durch unbefugten Betrieb eines Gewerbes Nr. 798. 8. Ableitung eines Wasserlaufes Nr. 1242. 9. Ungerechtfertigte Beschlagnahme wegen angeblichen Privilegiumseingriffes Nr. 1389. 10. Ersatz des lucrum cessans bei einer durch Körperverletzung bewirkten Erwerbsunfähigkeit Nr. 84, 2568. 11. Schmerzengeld im Falle injuriöser Mißhandlung Nr. 2635. 12. Unzulässigkeit des Anspruches auf Schmerzengeld bei Mißhandlungen, die keine Verletzung bewirkten Nr. 2935. 13. Voraussetzungen der actio de pauperie Nr. 2189. 14. Haftung für Wildschaden Nr. 345. 15. Haftung für einen durch Eisenbahnen verursachten Schaden Nr. 948, 1948. 16. Gegenstand der Ersatzleistung für Abnützung einer Sache Nr. 668. 17. Außergerichtliche Schätzung des Schadens Nr. 1307. 18. Verjährung der Entschädigungsklage im Falle des §. 1316 a. b. G. B. Nr. 215. 19. Verjährungsfrist für die Klage auf ziffermäßige Feststellung des vom Strafrichter zuerkannten Schadenersatzes Nr. 1726.

III. Variae causarum figurae.

1. Condictio indebiti: a) Zurückforderung des zu Ehren eines Anderen Gezahlten Nr. 127. b) Des auf Grund eines gerichtlichen Vergleiches Gezahlten Nr. 720. c) Im Falle der Herabsetzung des Frachtsatzes nach Abschluß des Frachtvertrages Nr. 1141. d) Auf Grund des Nichtbestandes einzelner Schuldposten Nr. 1282. e) Nach Einlösung eines Wechsels mit falschem Indossament Nr. 414. f) Im Falle der Einlösung eines unförmlichen Wechsels Nr. 794. g) Auf Grund eines strafrechtlichen Erkenntnisses Nr. 1129. h) Rückforderung eines indebite ausgestellten Schuldscheines Nr. 2241. i) Zahlung einer

IV. Familienrecht.

getroffenen vermögensrechtlichen Verabredungen Nr. 8. 30. Einfluß der Scheidung auf die Ehepacten Nr. 845, 1145, 1454, 2138, 2677. 31. Anspruch auf Alimente trotz Aufhebung der Ehepacten wegen verschuldeter Scheidung Nr. 1383, 2947. 32. Unstatthaftigkeit des Anspruches der durch ihr Verschulden geschiedenen Ehefrau auf den nothwendigen Unterhalt Nr. 2646. 33. Alimentation der Gattin im Falle der Scheidung aus beiderseitigem Verschulden Nr. 1842. 34. Voraussetzungen dieses Anspruches Nr. 2397. 35. Anspruch der aus ihrem Verschulden geschiedenen Gattin während der Dauer des Alimentationsprocesses? Nr. 2606. 36. Verpflichtung des ohne gerichtliche Scheidung abgesondert lebenden Gatten zur Alimentirung seiner Frau Nr. 1896, 2635, 3021, 3076. 37. Verpflichtung des durch sein Verschulden geschiedenen Ehegatten zur Leistung der Alimentation neben der Rückstellung des Heiratsgutes Nr. 2677. 38. Verzugszinsen von noch nicht gerichtlich bestimmten Alimentationsgeldern Nr. 2567. 39. Einflußlosigkeit einer späteren gerichtlichen Scheidung auf den bei der früheren einverständlichen Scheidung geschlossenen Vergleich Nr. 1987. 40. Erlöschung der urtheilsmäßig anerkannten Verpflichtung des Ehegatten zur Alimentirung der Frau durch den Tod des ersteren Nr. 3136. 41. Anspruch der Witwe auf sechswöchentliche Verpflegung Nr. 1639.

III. **Eltern- und Kindesrecht.** 1. Nothwendigkeit des gerichtlichen Scheltens einer Frühgeburt Nr. 615. 2. Beweislast in Ansehung des tempus scientiae der Geburt des Kindes Nr. 554. 3. Legitimation des curator furiosi zur Bestreitung der ehelichen Geburt Nr. 1651. 4. Unzulässigkeit der Delation des Haupteides an die Mutter bei Bestreitung der ehelichen Geburt Nr. 557. 5. Kraftlosigkeit des Geständnisses der Ehefrau Nr. 2745. 6. Bestreitung der ehelichen Geburt durch die Mutter Nr. 1926, 2835, (2881). 7. Bestreitung der ehelichen Geburt per exceptionem Nr. 1981. 8. Bestreitung der ehelichen Geburt auf Grund der Reife des Kindes Nr. 2727. 9. Competenz der weltlichen Gerichte in Betreff der Erziehung der Kinder geschiedener Gatten Nr. 1050. 10. Verfahren hinsichtlich der Zuweisung der Kinder nach erfolgter Ehescheidung Nr. 2146. 11. Unzulässigkeit eines diesfälligen Rechtsstreites Nr. 2492. 12. Berechtigung des Vaters zu Klagen im Namen des Kindes ohne vormundschaftsgerichtliche Ermächtigung Nr. 550. 13. Mala fides des Vaters als gesetzlichen Stellvertreters seines Kindes Nr. 2550. 14. Alimentation eines ohne Zustimmung des Vaters bei einem Dritten lebenden Kindes Nr. 646. 15. Anspruch einer bereits verehelichten Tochter auf Bestellung eines Heiratsgutes? Nr. 3027. 16. Anspruch des Kindes als Nacherben des Vaters auf Alimentirung aus dem Substitutionsvermögen Nr. 788. 17. Alimentationspflicht der Großeltern Nr. 2636. 18. Recht der Vaters in Betreff des ihm an dem Vermögen der Kinder eingeräumten Fruchtgenusses Nr. 129. 19. Analoge Anwendung auf den Fall eines der Mutter eingeräumten Fruchtgenusses Nr. 2132. 20. Vertheilung einer Concretalpension zwischen

Witwe und Kinder Nr. 566. 21. Suspension der väterlichen Gewalt wegen eigenmächtiger Auswanderung Nr. 685. 22. Emancipation durch Gestattung der Bewirthschaftung eines Bauerngutes Nr. 989. 23. Emancipatio saxonica Nr. 2937.

IV. **Uneheliche Kinder.** 1. Beweis der Mutterschaft Nr. 1186, 1298, 3131. 2. Beweis des außerehelichen Beischlafes durch Indicien Nr. 133. 3. Außergerichtliches Geständniß der Vaterschaft Nr. 1278. 4. Anerkennung derselben vor Seelsorger und Zeugen, bewiesen durch den Taufschein Nr. 2723. 5. Paternitäts- und Alimentationsklage Nr. 326, 338, 517, 733, 851, 852, 1029, 1089, 1214, 1248, 1375, 1414, 1534, 2110, 2294, 2295, 2660, 2735. 6. Berechnung des im §. 163 a. b. G. B. statuirten Zeitraumes Nr. 2157. 7. Unabhängigkeit des Ausspruches über die Vaterschaft von der Zuerkennung der Alimente Nr. 2735. 8. Verpflichtung des Vaters zur Alimentation während der Verpflegung des Kindes im Findelhause Nr. 2951, 3181. 9. Exceptio plurium concumbentium Nr. 875, 1092, 2376. 10. Unzulässigkeit des Gegenbeweises gegen die gesetzliche Vermuthung der außerehelichen Vaterschaft durch das außergerichtliche Geständniß der Mutter über den Zeitpunkt der Beiwohnung und die Beschaffenheit des Kindes Nr. 2660. 11. Durch den Nachweis der Reife Nr. 3182. 12. Reihenfolge in der Verpflichtung zur Alimentation Nr. 773. 13. Unstatthaftigkeit des Regreßanspruches der alimentirenden Mutter gegen den unehelichen Vater Nr. 2735. 14. Dauer der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters Nr. 2262. 15. Giltigkeit des zwischen den Eltern eines unehelichen Kindes über die Alimentenzahlung ohne vormundschaftliche Genehmigung geschlossenen Erlaßvertrages Nr. 3061. 16. Versorgungspflicht des unehelichen Vaters Nr. 133, 307, 1832, 2054, 2462, 2619. 17. Verfügungsrecht über die Erziehung Nr. 1571. 18. Uebernahme eines Findelkindes in unentgeltliche Pflege Nr. 2741.

V. **Vormundschaft.** 1. Bestellung eines Curators für einen zur Selbstbesorgung seiner Angelegenheiten Unfähigen Nr. 491. 2. Bestellung eines curator absentis Nr. 1554, 2165, 2248. 3. Rechtliche Stellung des Vormundes: a) Abschließung eines Miethvertrages auf längere Dauer ohne obervormundschaftliche Genehmigung Nr. 361. b) Aufnahme eines Darlehens ohne obervormundschaftliche Genehmigung Nr. 1706. c) Befugniß des Curators zur Anerkennung eines Vermächtnisses, dessen Bedingung vereitelt ist, ohne obervormundschaftliche Genehmigung Nr. 2666. d) Nothwendigkeit der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zu Aenderungen in der Administration des Mündelvermögens Nr. 3003. e) Legitimation in Betreff des Haupteides Nr. 371, 960, 2528. f) Legitimation zu Klagen von Wichtigkeit ohne Ermächtigung der Obervormundschaft? Nr. 2881. g) Legitimation des curator furiosi zur Bestreitung der ehelichen Geburt Nr. 1651. h) Anspruch auf Vergütung für den Mündel besorgter Arbeiten? Nr. 531. i) Anspruch des Vormundes auf Ersatz einer Auslage nach Ablegung der Rechnung?

Nr. 2186. k) Verantwortlichkeit wegen vernachlässigtem Interesse des Pflegebefohlenen Nr. 618. l) Enthebung wegen Interessenconflictes Nr. 1742. m) Verpflichtung zur Sicherstellung von Pupillarforderungen Nr. 509. 4. Nichthaftung des Fiscus für Versehen des Richters bei der Anlage von Waisengeldern Nr. 1171. 5. Verantwortlichkeit der Curatelbehörde für zu spät entdeckte Unterschlagungen Nr. 1924. 6. Verantwortlichkeit der Obervormundschaft und Anspruch auf Aufhebung des schädigenden Actes Nr. 2838.

V. Erbrecht.

A. Erbfolge im eigentlichen Sinne.

I. **Erbfähigkeit.** 1. Erbunfähigkeit der Mitglieder eines geistlichen Ordens Nr. 270. 2. Einfluß der einem Mönch ertheilten Dispensation auf dessen Erbrecht Nr. 2815. 3. Beleidigung des Erblassers als Erbunwürdigkeitsgrund Nr. 155. 4. Beschaffenheit des im §. 543 a. b. G. B. erwähnten Geständnisses des Ehebruches Nr. 430. 5. Zeitpunkt, in welchem der Beweis des Ehebruches geführt sein muß Nr. 2523.

II. **Gesetzliche Erbfolge.** 1. Erbrecht der Descendenten, deren Eltern durch letztwillige Anordnung von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind Nr. 160. 2. Rechtliche Natur des nach §. 757 a. b. G. B. dem Ehegatten zustehenden gesetzlichen Erbrechtes Nr. 2445. 3. Erbfolge in Bauerngütern Nr. 2890. 4. Rückwirkende Kraft der Erbfolgegesetze Nr. 3210.

III. **Testamentarische Erbfolge.** 1. Testirfähigkeit: a) Fähigkeit eines Curanden Nr. 419. b) Eines Großjährigen im Falle verlängerter Vormundschaft Nr. 575. 2. Form der Testamente: a) Schriftliches Testament: α) Erklärung des Erblassers, daß die allographe Urkunde seinen letzten Willen enthalte Nr. 281, 426, 478, 562, 982, 1327. β) Verletzung der im §. 579 a. b. G. B. vorgeschriebenen Förmlichkeiten Nr. 93, 118, 563, 793, 1188, 1261, 1327, 1604, 1838, 2007. γ) Verletzung der im §. 581 a. b. G. B. vorgeschriebenen Förmlichkeiten Nr. 540, 1261, 1888. δ) Allographes Testament eines Taubstummen Nr. 1225. b) Mündliche Testamente: α) Erforderniß der Rogation der Zeugen? Nr. 2371. β) Beabsichtigtes schriftliches Testament (oder Codicill) als mündliches aufrecht erhalten Nr. 44, 1300, 1627, 2822, 2794, 3147. γ) Aufrechterhaltung eines mündlichen Testamentes, obgleich der Erblasser nicht alle Anordnungen ausgesprochen hat Nr. 148. δ) Mündliches Testament? Nr. 1143. ε) Nichtübereinstimmung der Aussagen der Testamentszeugen Nr. 535, 3160. c) Privilegirtes Testament zur Zeit der Cholera errichtet Nr. 367, 718. 3. Inhalt des Testamentes: a) Art der Erbeinsetzung Nr. 218, 310, 1529. b) Erbeinsetzung der

VII. **Rechtsverhältniß der Miterben.** 1. Theilung der Erbschaft: a) Stillschweigende Einwilligung in die Theilung Nr. 157. b) Vertheilung des Nachlasses durch den Erblasser bei seinen Lebzeiten Nr. 441. c) Bei Vorhandensein eines Bauerngutes Nr. 986, 1985. d) Fortbestand der die Befriedigung der Miterben erleichternden Bestimmungen nach Aufhebung des Unterthänigkeitsverbandes Nr. 2782. e) Veräußerung gemeinschaftlicher Nachlaßstücke durch einzelne Erben Nr. 2059. f) Klage gegen mehrere Miterben auf Entlastung und Ausfolgung von Obligationen Nr. 2121. 2. Collationsverbindlichkeit: a) Zuwendung unter der Verpflichtung der Einrechnung in den Erbtheil Nr. 27. b) Erklärung des Erblassers, daß einer der gesetzlichen Erben eine Geldsumme in den Nachlaß schuldig sei Nr. 292. c) Umfang der Collationspflicht Nr. 107. d) Personen, unter denen die Anrechnung stattfindet Nr. 1058. 3. Sicherstellung: a) durch Sequestration der in den Händen anderer Erben befindlichen Nachlaßgüter Nr. 2209. b) Sicherstellung der Erbportion gegenüber dem Miterben, dem der Fruchtgenuß an dem ganzen, aus vertretbaren Sachen bestehenden Nachlaß eingeräumt wurde Nr. 2213.

VIII. **Rechtsverhältniß des Vor- und Nacherben.** 1. Auslegung der Anordnung, daß der Vorerbe von dem Nacherben in der „Gebahrung" mit dem Nachlaß nicht beschränkt werde Nr. 1412. 2. Unzulässigkeit der Intabulation gegen den Nacherben an Stelle einer gegen den Vorerben erwirkten, ungerechtfertigt gebliebenen Pränotation Nr. 3177. 3. Verpflichtung des fideicommissarischen Erben zur neuerlichen Entrichtung der frommen Gebühren Nr. 2961.

IX. **Veräußerung der Erbschaft** Nr. 939, 2637.

X. **Schutz des Erbrechts.** 1. Nullitätsquerel nach erfolgter Erbserklärung auf Grund des angefochtenen Testamentes Nr. 118. 2. Erbrechtsklage nach einverständlich erfolgter Einantwortung Nr. 1920. 3. Hereditatis petitio partiaria Nr. 2954. 4. Beginn der Verjährung des Rechtes zur Anfechtung eines Testamentes Nr. 904. 5. Verjährung der Erbschaftsklage Nr. 565, 1055. 6. Verjährungsfrist für die Geltendmachung der Unechtheit eines Testamentes Nr. 3124. 7. Unverjährbarkeit der Einwendung der Ungiltigkeit einer letztwilligen Anordnung Nr. 180, 486, 563. 8. Beweis des Erbrechts: a) Beweislast in Ansehung der Echtheit und Giltigkeit eines Testamentes Nr. 806, 793, 979, 2214. b) Beweis der Echtheit und Giltigkeit eines Testamentes Nr. 274, 701, 968, 1327. 9. Legitimation des eventuellen gesetzlichen Erben zur Klage auf Ungiltigerklärung eines vom Erblasser geschlossenen Vertrages Nr. 334. 10. Klage eines Miterben ohne vorausgegangene Verlassenschaftsabhandlung Nr. 186. 11. Legitimation des Erben eines Theilerben vor Antritt der Erbschaft des Theilerben? Nr. 2954.

B. Vermächtnisse.

des Fruchtgenusses? Nr. 186. 9. Recht des Fruchtnießers einer Verlassenschaft auf Verwaltung derselben Nr. 464, 1211. 10. Stillschweigende Einräumung einer Servitut an der vermachten Sache Nr. 2071. 11. Fälligkeit eines vermachten theilbaren Ausgedings Nr. 177. 12. Legatum debiti? Nr. 360, 1551, 2010, 2461. 13. Legat des Heiratsgutes Nr. 879. 14. Legat einer jährlichen Rente für den testamentarischen Vormund, oder Anordnung einer jährlichen Remuneration? Nr. 97. 15. Legat einer Rente mit dem Zusatze, daß der Legatar auf den Todesfall darüber verfügen dürfe Nr. 113ᵃ. 16. Legat einer Jahresrente mit dem Verbote ihrer Veräußerung Nr. 203. 17. Bedingtes Rentenlegat Nr. 2942. 18. Verjährung vermachter Renten Nr. 142, 966. 19. Verjährung vermachter jährlicher Beiträge auf Messen Nr. 954. 20. Letztwillige Anordnung von Messen: Auftrag oder Vermächtniß? Nr. 2028, (2783). 21. Testamentarische Bestellung eines „Abhandlungspflegers“ Nr. 2274. (Gesetzliche Legate Nr. 2583.)

C. Schenkung auf den Todesfall.

1. Schenkung inter vivos oder mortis causa? Nr. 335, 1671. 2. Schenkung mortis causa oder Ueberlassung an Zahlungsstatt? Nr. 2400. 3. Schenkung mortis causa oder Widerlage? Nr. 265. 4. Witwenversorgung oder Schenkung auf den Todesfall? Nr. 1931. 5. Donatio mortis causa: Vertrag oder Legat? Nr. 72, 165, 1931, 3162. 6. Erforderniß der schriftlichen Annahme Nr. 3062. 7. Schenkung des ganzen Vermögens von Todeswegen unter Honorirung dritter Personen Nr. 423. 8. Wegfall der Abhandlungspflege bei einer den gesammten Nachlaß erschöpfenden Schenkung auf den Todesfall Nr. 2987. 9. Schenkung auf den Todesfall zu Gunsten Dritter? Nr. 1699.

D. Erbfolge gegen eine letzte Willensordnung.

1. Anspruch auf den Pflichttheil trotz vorhergegangener Erbserklärung Nr. 1453. 2. Verzicht auf den Pflichttheil; Wirksamkeit desselben für die Nachkommen Nr. 151. 3. Wirkung des Verzichtes eines von mehreren Notherben Nr. 2175. 4. Einrechnung in den Pflichttheil Nr. 27, 1994, 2144, 2986. 5. Anziehung der Notherben bei der Schätzung der Verlassenschaft Nr. 1205. 6. Hinterlassung des Pflichttheiles in Gestalt eines Erbtheiles Nr. 786. 7. Rechtliche Wirkung des vorbehaltlosen Antrittes des hinterlassenen Pflichttheiles Nr. 3203. 8. Ungiltigkeit der Enterbung wegen „Beleidigung“ Nr. 496. 9. Pränotationsanspruch des Notherben zur Sicherstellung des Pflichttheiles Nr. 3017. 10. Verpflichtung des im Besitz der Verlassenschaft befindlichen Legatars zur Sicherstellung des Pflichttheiles Nr. 1888. 11. Verjährung des Anspruches auf Ergänzung des Pflichttheiles Nr. 3084. 12. Verjährungsfrist für die von der Pflichttheilssumme entfallenden

Interessen Nr. 688. 13. Verletzung des Pflichttheiles durch Belastung mit einer fideicommissarischen Substitution Nr. 1389, 2134, 3012. 14. Verletzung des Pflichttheiles durch übermäßige Schenkung: a) Berechnung des reinen Nachlasses Nr. 1660. b) Berechnung des Pflichttheiles Nr. 282. c) Berechnung des Pflichttheiles im Falle einer nicht übermäßigen Schenkung Nr. 583, 1474. d) Verletzung durch successive Schenkungen Nr. 2268. e) Verjährungsfrist für die Anfechtung einer übermäßigen Schenkung Nr. 1355. f) Streitanmerkung Nr. 2415. g) Beweislast Nr. 991. 15. Anfechtung eines Leibrentenvertrages durch die Pflichttheilsberechtigten Nr. 799. 16. Verletzung des Pflichttheiles durch Gutsabtretung mit Altentheil Nr. 1497. 17. Geburt von Kindern nach Errichtung eines Testamentes, worin die vorhandenen Kinder auf den Pflichttheil gesetzt sind Nr. 207. 18. Entkräftung des Testamentes durch Adoption Nr. 1974. 19. Auslegung des §. 779 a. b. G. B. Nr. 2075.

E. Familienfideicommiß.

1. Unterschied zwischen Familienfideicommiß und fideicommissarischer Substitution Nr. 78. 2. Anerkennung der Stiftung eines Fideicommisses Nr. 1569. 3. Vormerkung der Fideicommißeigenschaft vor erwirkter landesfürstlicher Bewilligung Nr. 1809. 4. Unzulässigkeit der Annahme einer nur auf den Nachweis der Abstammung aus einer ungiltigen Ehe gestützten Fideicommißerbserklärung Nr. 3020. 5. Uebergabe eines Fideicommisses bei Lebzeiten des Besitzers an den Nachfolger Nr. 2887. 6. Behandlung der Grundentlastungscapitalien bei Familienfideicommißgütern Nr. 357. 7. Unzulässigkeit (bezw. Beschränkung) der Pfandrechtspränotation auf ein zu einem Familienfideicommiß bestimmtes Gut Nr. 3046, 3047. 8. Haftung des Allodialerben für eine persönliche, zu Gunsten des Fideicommisses contrahirte Schuld des Fideicommißbesitzers Nr. 2084, 2546. 9. Verständigung des Fideicommißcurators allein von der executiven Feilbietung der für das Geldfideicommiß verpfändeten Realität Nr. 1057.

F. Erbloser Nachlaß.

1. Verjährungsfrist für Forderungen des Fiscus aus einem als erblos eingezogenen Nachlaß Nr. 1415. 2. Caducitätsrecht des Fiscus Nr. 2478, (3035).

B. Handels- und Seerecht.

I. **Procuristen, Handlungsbevollmächtigte und Handlungsgehilfen.** 1. Haftung des Principals für die Handlung eines Bevollmächtigten Nr. 41. 2. Umfang der ertheilten Vollmacht, eingehende Wechsel zu giriren Nr. 145. 3. Umfang der Vollmacht des Administrators einer Fabrik Nr. 124. 4. Umfang der Berechtigung eines Buchhalters Nr. 853. 5. Umfang der Vollmacht des Commis eines Spediteurs Nr. 381. 6. Klage gegen den Procuristen nach dem Tode des Principals Nr. 221.

II. **Handelsmäkler.** Vermutheter Umfang ihrer Vollmacht Nr. 400. 2. Anspruch auf die Mäklergebühr Nr. 1087, 1438. 3. Bemessung derselben Nr. 2402. 4. Versprechen einer jährlichen Mäklergebühr Nr. 2720.

III. **Handelsgesellschaften,** siehe Obligationenrecht.

IV. **Handelsgeschäfte im Allgemeinen.** 1. Zinsen vom Saldo eines Conto-corrente vom Tage des Rechnungsabschlusses Nr. 451. 2. Laufende Rechnung Nr. 470. 3. Kaufmännisches Retentionsrecht; Einfluß der Concurseröffnung auf dasselbe Nr. 472. 4. Retentionsrecht des Schiffsführers vom Frachtgut Nr. 1724. 5. Empfangsbestätigung unter Handelsleuten Nr. 825. 6. Haftung der Erben aus der Fortführung der Handlung Nr. 237. 7. Uebergabe einer Handlung an einen Dritten zum ausschließlichen Betrieb für gemeinschaftliche Rechnung Nr. 553. 8. Haftung des Unternehmers einer Handlung für ältere Schulden Nr. 1235. 9. Acceptation, resp. Indossirung eines Wechsels behufs Tilgung einer Handelsschuld Nr. 210, 250. 10. Beschaffenheit einer Vollmacht zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten Nr. 1882. 11. Inhaberpapiere Nr. 1977, 3005.

V. **Geschäfte in Börsepapieren.** 1. Rechtliche Natur des Differenzgeschäftes Nr. 68. 2. Differenz- oder Lieferungsgeschäft? Nr. 781. 3. Uneinklagbarkeit von Forderungen aus einem Differenzgeschäfte Nr. 1871, 3115. 4. Prämiengeschäft Nr. 328. 5. Lieferungsgeschäft außerhalb der Börse Nr. 380.

VI. **Commission.** 1. Verkauf an sich selbst Nr. 344. 2. Verhältniß des Commissionärs zum Committenten Nr. 82.

VII. **Spedition.** 1. Verhältniß des Spediteurs zum Destinatar Nr. 163, 499. 2. Vergütung der Speditionskosten Nr. 163. 3. Umfang der Verbindlichkeit des Spediteurs Nr. 381. 4. Haftung des Spediteurs für die Verspätung der Sendung Nr. 315, 1574.

VIII. **Assecuranz.** 1. Versicherung einer fremden Sache Nr. 94. 2. Unterlassene Ausfolgung der Versicherungspolice Nr. 194. 3. Einverständliche Zurückdatirung einer Versicherungspolice Nr. 277. 4. Verschweigung einer nicht lebensgefährlichen Krankheit bei einer Lebensversicherung Nr. 2972. 5. Eigenthum an einer au porteur lautenden Lebensversicherungspolice

Nr. 3005. 6. Verpflichtung des Versicherten zur Zahlung der Prämienraten im Falle der Verpfändung einer Lebensversicherungspolice Nr. 3130. 7. Ausstellung eines Prämienscheines in Wechselform. Bereicherungsklage im Falle der Präjudicirung dieses Wechsels? Nr. 3223. 8. Verzögerung der Ablieferung einer Seefracht durch Kriegsgefahr Nr. 1159.

II. Civilproceß.

Civilgerichtliches Verfahren überhaupt.

A. Verhältniß der Civilgerichte zu anderen Behörden:

I. Zu den Verwaltungsbehörden: 1. Staatliche Verwaltungsbehörden im engeren Sinne und Gemeindebehörden: Proceßnullität wegen Eingriffs in die Competenz der Administration 332, 713, 1038, 2229, 3112. Streitigkeiten zwischen der Gemeinde und dem Gemeindesteuereinnehmer 2290. Klage einer Gemeinde gegen ihren Bürgermeister auf Rechnungslegung 2439. Competenz der Administrativbehörde zur Entscheidung über einen Ersatzanspruch gegen Gemeindevertreter 2442. Gerichtliche Einbringung und Sicherstellung von Gemeindeumlagen 2243. Verfahren bei der Incompetenzerklärung von Amtswegen 1468. Beweiskraft von Acten der Verwaltungsbehörden 18, 287, (430), 620, 1572, 1641, 1759. Beweiskraft des auf Grund einer Anordnung der Verwaltungsbehörde in das Geburtsbuch aufgenommenen Vermerkes der legitimatio per subsequens matrimonium 2729. Beurtheilung von privatrechtlichen Rechtsgeschäften durch die Administrativbehörden? 18, 754, 908, 1330, (2041). Einfluß der Novation einer Lieblohnsforderung auf die Competenz 2932. Bausachen (insbesondere auch Wasser- und Mühlbauten) 348, 349, 713, 1038, 1561, 2218, 2475. Brunnen 2557. Wasserzufluß zu Mühlen 2864. Feuergefährlichkeit eines Baues 2277. Gemeindepolizei? 2443, 2555. Richterliche Prüfung der Giltigkeit einer Verordnung des Gemeindevorstehers 3037. Regulirung des Besitzstandes mit Verweisung auf den (ordentlichen?) Rechtsweg 3042. Armenversorgungsansprüche 3085. Erklärung einer Sache als öffentliches Gut 543, 1330. Cultussachen 596, 665, 1802. Entgeltliche Einräumung der Benützung eines Kirchensitzes 3215. Forstsachen 1527, 2029. Katastralsachen 1572, 1641, 1759. Reintegrirung einer Rusticalwirthschaft 1522. Grundentlastung 1878. Auf Grund und Boden haftende Leistungen für Pfarrer und Schule 2668. Aufhebung der die Competenz der Gerichte verneinenden und in diesem Punkte nicht zur Beschwerde gezogenen Entscheidung betreffend die Theilung gemeinschaftlicher Güter durch die Rechtsmittelinstanz 2206. Erbzins 1795.

Ersatzansprüche wegen Gewerbsstörung 2230. Verletzung der Postinteressen durch Stellwagenfahrten 2408. Klage einer Eisenbahngesellschaft gegen eine andere auf Richtigerklärung der Concession wegen Verletzung eines der ersteren ertheilten Privilegiums 2859. Beschädigung durch Eisenbahnanlagen 1948. Verantwortlichkeit von Beamten 631, 632 (revolutionäre Regierung), 785, 2019. Gegen einen Beamten gefälltes administratives Ersatzerkenntniß 2384, 3197.

2. Bergbehörden 1187.

3. Finanzbehörden: Unzulässigkeit der Executionsführung auf Staatsvermögen 424. Vorrecht des Aerars in Bezug auf provisorische Sicherstellung 488, 645, 1628, 1973, 1984, 2047, 2586, 2673, 2875, 2916. Execution auf Grund von Gebührenaufträgen der Finanzbehörden 788, 2810, 3186. Verantwortlichkeit der Post 786. Leihamt 1745. Gerichtliche Verwahrung einer Waare, deren Einfuhr verboten ist 1048. Mauthgebühren 1054. Ersatz für ungiltige Steuerexecutions-Acte 1226. Giltigkeit einer an die Staatscasse geleisteten Zahlung 2041. Gefällsgerichte 21.

II. Zu kirchlichen Behörden und Gerichten: 474, 675, 722, 881, 1050, 1107, 1119, 1319, 1702, 1793, 1884, 2007, 2854, 3165.

III. Zu den Militärgerichten: 1144, 1198, 1250, 1290, 1376, 1470, 1903, 2631, 3168.

IV. Zu den Strafgerichten: Einstellung des Civilverfahrens bis nach erfolgter Entscheidung des Strafrichters 2171, 2181. Voraussetzungen dieser Sistirung 2292, 2466. Einfluß des Ausspruches des Strafgerichtes auf den Civilproceß 69, 398, 846, 928, 1129, 1609, 2305. Wirksamkeit des von einem Militärstrafgerichte gegen einen Minderjährigen gefällten Erkenntnisses über privatrechtliche Ansprüche 3168. Abschließung eines Vergleiches vor dem Strafrichter 791. Kosten der Vertretung des Beschädigten im Strafproceß 589. Anspruch auf Zahlung einer vom Strafgerichte liquidirten Vertheidigungsgebühr 2252. Strafanzeige nach ergangenem Urtheile des Civilrichters 603, 1203, 1440, 2419, 2455, 2786 (Betrugsanzeige), 743 (Wucher), Hemmung der Execution auf Verlangen des Strafgerichtes 2838. Strafanzeige gegen einen Zeugen 1708. Execution auf Grund eines Strafurtheils 2721, (3189). Einflußlosigkeit des strafgerichtlichen Erkenntnisses auf das zwischen dritten Personen bestehende Rechtsverhältniß 2944. — (Haupteid über strafbare Handlungen 1162.)

B. **Gegenseitige Abgrenzung des streitigen und nicht streitigen Verfahrens:** 136 (Erbschaftsklage ohne Verlassenschaftsabhandlung), 164, 290 (Alimentationsanspruch der Ehegattin), 350 (Collision zwischen Legataren und Erben), 455, 546, 1747, 2797 (Prüfung des Erbrechtes), 879 (Sicherheit des Legates), 2269 (Verweisung des Streites über die juristische Natur des Modus auf den Rechtsweg), 1031, 1186 (Löschung einer auf dem executiv veräußerten Gute haftenden Satzpost), 3155 (Ein-

sprache des Verkäufers gegen Superpränotationen zu Lasten des Käufers), 2872 (Correctur offenbar unrichtiger Einträge in den öffentlichen Büchern), 1202, (754, 1830), 1401 (officiöse Beeidigung der Zeugen des mündlichen Testamentes ungeachtet des anhängigen Erbrechtsstreites), 2600 (Klage auf Ablegung des Manifestationseides über den Bestand einer Verlassenschaft), 1494 (Substitutionsstreitigkeiten), 1716 (Ansprüche des Finders), 1738 (rechtliche Wirkungen der Hinterlegung), 1859 (in dritter Hand befindlicher Nachlaß), 1929 (Wirkung des Vorbehaltes nach §. 822 a. b. G. B.), 2023 (Schätzung einer gemeinschaftlichen Sache), 2806 (Aufstellung eines Verwalters einer gemeinschaftlichen Sache), 2446 (Bemängelung einer Sequestrationsrechnung), 3185 (Frist zum Recurs gegen die Bemessung der Gebühr für die bei einer Wechselexecution zugezogenen Schätzleute).

Verfahren in Streitsachen.

A. Competenz.

I. **Allgemeines.** Competenzabgrenzung gegenüber ausländischen Gerichten 547, 1063, 1430, 1719, 1724, 2694, 2697, 2698, 2801, 3101; — gegenüber ungarischen Gerichten 1790, 2474, 2574, 2603; — gegenüber croatischen 1396. Umfang der Consulargerichtsbarkeit im Orient 2321. Zuständigkeit zur Sequestration des Vermögens eines Ausgewanderten 1169. Mehrfache Competenz desselben Gerichtes 99. Einstellung des Verfahrens von Amtswegen bei offenbarer Incompetenz 382. Ueberweisung des über die Aufkündigung eines Pachtvertrages vor einem nicht zuständigen Gerichte geführten Processes an das zuständige Gericht zur Aburtheilung 3118. Abweisung der Klage a limine wegen Incompetenz 1748. Prorogation des forum rei sitae 937. Unzulässigkeit der Prorogation von einem Bezirksgerichte vor einen Gerichtshof 3086. Stillschweigende Unterwerfung 1052. Anfechtung der vom ersten Streitgenossen stillschweigend anerkannten Competenz durch andere Genossen 3004. Verhältniß des requirirten Gerichtes zum requirirenden 1470, 2070, 2508. Widerruf der Delegirung eines Gerichtes 1502. Separatentscheidung über die Competenz im summarischen Verfahren 976. Frist zur Incompetenzeinwendung bei vergebens versuchter Vereinbarung auf mündliches Verfahren 654.

II. **Einfluß der Connexität und Klagencumulation auf die Zuständigkeit.** Wahlrecht des Klägers im Falle der passiven Streitgenossenschaft 22, 1450. Verbindung der Klagen auf Aufhebung eines Erbpachtes, Rückgabe des Gutes und Zahlung des Zinsrückstandes 254. Connexität einer Bestandstreitsache mit einer anderen Proceßsache 526, 660 (Klage auf Nichtigkeit des über eine Bestandstreitsache geschlossenen Compro-

misses). Cumulirung von Ansprüchen auf Grundstücke, die in verschiedenen Sprengeln liegen 3096. Gleichzeitige Belangung des Personal- und Hypothekarschuldners 605. Klage auf Vertretungsleistung 633. Klage gegen den Bürgen 658. Fortdauer der Zuständigkeit nach Ausscheiden eines Streitgenossen 762. Widerklage gegen den Vertretungsleister 890. Passive Streitgenossenschaft mit einem Cridatar 913, — mit dem Militärärar 1250. Klage auf Aufhebung eines Executionsactes gegen einen der Militärgerichtsbarkeit unterstehenden Executionsführer 1290.

III. **Personalgerichtsstand.** 1. Allgemeiner. Beweislast hinsichtlich des Domicils 1510. Beschränkung der Zuständigkeit hinsichtlich ungarischer Landesangehöriger 1969. Aufenthaltsort 1238. Gerichtsstand der bei einer österreichischen Mission im Auslande Angestellten 2574, 2603. Nichtberücksichtigung der von einem geistlichen Gerichte in Ehesachen vor der Wiederherstellung der staatlichen Ehegerichte ausgesprochenen Delegation 3165. Zuständigkeit der Personalinstanz bei der actio negatoria 2099. Klage gegen den dritten Besitzer zu pfändender Sachen auf Gestattung der Execution 2617. Bestandstreitsachen 280, 526, 660, 868, 922. Klagen auf Ungiltigerklärung einer Darlehensaufkündigung 1776. Competenz für Ansprüche des Acceptanten gegen den Aussteller 2488. Zuständigkeit zur Bewilligung des ersten Grades der auf eine Liegenschaft auf Grund eines Strafurtheils geführten Execution 2721. Klagen auf Zugestehung von Rechtswohlthaten 1790. Gerichtsstand des Fruchtnießers eines landtäflichen Gutes 1797. Gerichtsstand des Fiscus 2856. — Städtisch-delegirtes Bezirksgericht: Bewerthung des Streitgegenstandes 1927. Rechnungsklagen 1839.

2. Besonderer Gerichtsstand. a) Gerichtsstand des Vertrages: α) Begründung desselben: Bürgschaftleistung 446, 658, Genehmigung der Versendungsart 503. Zweiseitiger Vertrag 578. Entbehrlichkeit schriftlicher Annahme der Zusage der Erfüllung an einem bestimmten Orte 2516. Annahme einer den Zahlungsort bestimmenden Factura 579, 1260, 1302, 1563, 2255, 2764, 2840, 3088. Wohnort der Personen, welchen ein Alimentationsbeitrag zu zahlen ist 641. Natur der Leistung 762. Versprechen, die Sache „dort auszugleichen" 766, 942, 2644. Bestimmung des Preises „loco X." 777; „franco loco X." 2566. Versprechen der „Einsendung" 847, 1222, 1371, 2043, 2458, 2488, 2856 (Einsendung an den eventuellen Cessionar). Beauftragung mit Börsegeschäften 1077. Verabredung der Zusendung gegen Nachnahme 1359. Klagen aus einem beiderseits erfüllten Vertrage 1748. Ausdehnung des im Bestandvertrage vereinbarten Gerichtsstandes auf Aufkündigung des Vertrages 3118. Vereinbarung eines bestimmten Gerichtstandes blos zu Gunsten eines Contrahenten 1519. Besondere Voraussetzungen bei baierischen Unterthanen 1430. β) Beweis der den Gerichtsstand des Vertrages begründenden Thatsachen: Beweisthema 227. Wegfall des Erfordernisses einer mit der

Klage beigebrachten Urkunde 387. Beweis durch das Handlungsbuch 2, 839; durch den Eid 286, 1302, 1562, 1563, 2344; Berufung auf Gewohnheit 1154. Zwischen den Parteien bestehende Gepflogenheit? 2488. γ) Verhältniß dieses Gerichtsstandes zum Verlassenschaftsgericht 2474. δ) Zuständigkeit des für alle aus einem Vertragsverhältniß erwachsenden Streitigkeiten bestellten Gerichtes für Aufforderungsklagen wegen Berühmung 2900. b) Andere Arten des besonderen Gerichtsstandes: Geführte Verwaltung 1542, 1581, 1839. Verbot 1545. Erbrechtsstreit nach einem in Oesterreich begüterten Ausländer 1719. Widerklage 2697. Amortisation von Privaturkunden 2802. Zugefügte Beschädigung 3175, 3176.

IV. **Abgrenzung des Realgerichtsstandes.** Klage auf Theilung einer im Miteigenthum eines Cribatars stehenden Realität 199. Vindication von Grundstücken, welche der Beklagte als Bestandtheile eines ihm gehörigen landtäflichen Gutes besitzt 358 (Cumulirung s. oben unter II.). Klage auf Erfüllung eines Kaufvertrages über eine Liegenschaft 1476, 2923. Klage über den Bestand des Pfandrechtes an einem Grundentlastungscapital 3024. Klage auf Erfüllung eines Bestandvertrages 922. Klage auf Löschung des Pfandrechtes wegen Ablaufes der Frist 683; wegen Erlöschung der Forderung: a) durch Verjährung 826, b) durch Compensation 1015. Klage zur Geltendmachung einer mit einer Hypothek bedeckten Forderung 1198. Anbringung des Gesuches um Pränotation eines nicht rechtskräftigen Zahlungsbefehles 2752. Pränotationsrechtfertigung 1124, 1127, 1228, 1394, 1857. Zuständigkeit des Erkenntnißgerichtes zur Prüfung der Feilbietungsbedingnisse 1392. Competenz zur Löschung einer Streitanmerkung 2195. Verhältniß zur Abhandlungsbehörde 3162.

V. **Causalgerichtsstand.** Abgrenzung der Zuständigkeit des Handelsgerichtes: Stillschweigende Unterwerfung 3224. Amortisirung einer Lebensversicherungspolice 3089. Streitigkeiten aus Wechselgeschäften der n. ö. Escomptegesellschaft 343; über Subscriptionen auf das Nationalanlehen 347. Klagen aus Theaterengagements 612. Klage wegen verspäteter Lieferung von Actien 1133. Einklagung eines präjudicirten Wechsels 1124. Rechtfertigung der Pränotation eines Wechsels 1124, 1394. Klagen aus Handelsgeschäften wider den Nachlaß des Handelsmannes 1900, 2414, 2803. Verhältniß zum Verlassenschaftsgericht 2487, 3183. Zum Gerichtsstand der Streitigkeiten aus Bestandverträgen 2496. Berggerichte: Störung im Besitze von Bergbauobjecten 1187.

B. Proceßgesetz.

Berufung auf die Gepflogenheit 2959. Rückwirkung von Proceßgesetzen überhaupt 2887. Rückwirkung eines neuen Gesetzes über Beweiskraft 211. Berücksichtigung eines erst zur Zeit der Entscheidung in der früheren Instanz

wirksam gewordenen Gesetzes 3089. Einfluß eines neuen Gesetzes auf die Vollstreckung eines vorher ergangenen Erkenntnisses und auf die Behandlung des Rechtsmittels gegen einen vorher ergangenen Executionsbescheid 3178; — (auf das Verfahren behufs der Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung 3196). Rückwirkung processualischer und die Competenz berührender Bestimmungen des Handelsgesetzbuches 1850, 1986. Einfluß der Vollstreckung des Personalarrestes in Croatien auf die Arrestvornahme im Sprengel des k. k. obersten Gerichtshofes in Wien 1396. Unzulässigkeit einer Abweichung von den Regeln des österreichischen Proceßgesetzes, ungeachtet der Rechtsstreit nach fremdem Rechte zu entscheiden ist 1404. Oertliche Grenzen der Gesetze über das Beneficium cessionis 1790.

C. Verhandlungsmaxime.

Nothwendigkeit eines ausdrücklichen Ansuchens um Einleitung des Executivprocesses 70. Auferlegung des Schätzungs- und Erfüllungseides, wenn nur ein Erbieten zum Haupteide vorliegt 55, 301. Zulassung eines ohne nähere Bezeichnung angebotenen Eides als Erfüllungseid 469. Unzulässigkeit der Zurückweisung eines Ausbleibens-Rechtfertigungsgesuches von Amtswegen 508. Unzulässigkeit der sofortigen Abweisung des Gesuches um Zulassung zur Legung von Neuerungen in der Schlußschrift 3060. Mündliche Abweisung des bei der Verhandlung vorgebrachten Gesuches um Vertagung der Fortsetzung derselben und sofortige Urtheilsfällung zur Hauptsache? 3187. Nothwendigkeit der Vernehmung des Executen vor der Verhängung von Geldstrafen 621, 695. Berücksichtigung eines von der Partei nicht angeführten aber gerichtsbekannten Umstandes 914, 2855. Berücksichtigung bewilligter Fristen von Amtswegen 2464. Berücksichtigung des Zwangscurses von Amtswegen 2359, 2769. Unzulässigkeit der Berücksichtigung der Compensation von Amtswegen 2378. Grenzen der Prüfung der Legitimation zur Sache 992, 2835. Zurückweisung eines gerichtlichen Erlages von Amtswegen 1006. Zulässigkeit der Vereinbarung gemeinsamer Verhandlung über mehrere Klagen 1268. Abweisung eines wiederholten Fristgesuches von Amtswegen 1277. Unzulässigkeit der Gewährung einer Fristerstreckung ultra petitum 2539. Amtliche Erhebungen hinsichtlich der passiven Sachlegitimation im Besitzproceß 1829, 2282. Prüfung der Anwendbarkeit der gewählten Proceßart 1848. Vernichtung einer unvollständigen Verhandlung 1918. Amtliche Berücksichtigung der Frist zur Vorrechtsklage 2016, — der Ungiltigkeit der Verabredung eines Vertheidigerhonorars 2045. Abänderung der Entscheidung erster Instanz lediglich im Kostenpunkte ohne ausdrücklich hierauf gerichtetes Begehren 2467, 2472. Verantwortlichkeit des Richters für gesetzwidrige Entscheidungen, welche der Betheiligte nicht angefochten hat 2931. (Abweisung der Klage a limine s. unten G. III. Abweichung des Urtheils von dem Klagbegehren s. unten L.)

D. Parteien und Stellvertreter derselben.

I. **Legitimation zur Sache.** Grenzen der richterlichen Pflicht, sie zu prüfen 992, 2835. (Vgl. überhaupt noch oben, namentlich Besitz- und Eigenthumsklage.)

1. Active Legitimation. Nichtberechtigung eines großjährig Gewordenen, die Nullitätserklärung der gegen ihn als Minderjährigen erfolgten gerichtlichen Schritte zu verlangen 2441, (2545). Actio confessoria 244. Klage auf Anerkennung des Erbrechtes ohne vorausgegangene Verlassenschaftsabhandlung 136, (334). Klage des Erben eines Theilerben gegen die Miterben vor Antritt der Erbschaft des verstorbenen Theilerben 2954. Klage auf Theilung unbeweglicher Erbgüter vor der Gewähranschreibung der Erben 362. Klage des eventuellen gesetzlichen Erben auf Ungiltigerklärung eines vom Erblasser geschlossenen Vertrages 334. Antrag auf Vernehmung von Testamentszeugen zum ewigen Gedächtniß ohne vorausgegangene Erbserklärung 577. Klage der Gemeinde auf Alimentation einer sonst der Armenversorgung anheimfallenden Person 636. Klage des Intestaterben vor Antretung der Erbschaft auf Ablegung des Manifestationseides 703. Nichtberechtigung der Erben, vor der Einantwortung Forderungen des Erblassers für sich einzuklagen 2500. Klage eines Dritten gegen den Uebernehmer einer Schuld 721, 747, 2966. Gemeinsame Klage des Vertretenen und des Vertreters gegen den anderen Contrahenten 2131. Klage des Adressaten wider die Postverwaltung wegen unrichtiger Bestellung einer Geldsendung 736. Nichtberechtigung des Darleihers, auf Erlegung der an die Inhaber der Partialobligationen zu entrichtenden Beträge zu klagen 2409. Klage der Mutter eines unehelichen Kindes auf Vergütung der bereits gewährten Alimentation 46, 338, 851, 1089, 1214, 1414, 1889, 2054, 2735, (2741). Bestreitung der ehelichen Geburt eines posthumen, mehrere Jahre alten Kindes durch die Mutter (1926), 2835. Einklagung des Heiratsgutes durch den Ehegatten 992. Klage des Miteigenthümers gegen den Erben eines anderen Miteigenthümers auf Erwirkung der Intabulation seines ererbten Rechtes 1008. Bestreitung einer Hypothek durch einen Hypothekargläubiger 1051. Nichtberechtigung des Hypothekarschuldners zur Geltendmachung der Einwendung der mangelnden Valuta 2993. Unstatthaftigkeit der Klage auf Rechnungslegung seitens des Erben des geschäftsführenden Gesellschafters gegen den überlebenden Gesellschafter 2964. Legitimation des Rechnungslegers im Rechnungsproceß 1379. (Legitimation des Personalschuldners zum Begehren der Löschung einer Pränotation 1279. Gesuch des Hypothekarbesitzers um Löschung einer nicht gerechtfertigten Superpränotation 2413.) Legitimation des Klägers im Besitzstörungsproceß 2971. Besitzstörungsklage wider einen Miteigenthümer (Miterben) 256, 266, 2862. Besitzstörungsklage des Bestandnehmers gegen den Bestand-

durch den Vertretungsleister 2560. Tod desselben vor der Eidesablegung 2613. Klage des Gläubigers gegen den Uebernehmer der Schuld unter Vertretungsleistung des Schuldners 721. Anspruch des Giranten auf Vertretungsleistung durch einen der Vormänner 797. Vertretungsleistung durch den befriedigten Gläubiger, an den der Kläger die Schuld des Beklagten bezahlt hat 3167. Förmlichkeiten beim Begehren der Vertretung 881. Widerklage gegen den Vertretungsleister 890. Gegenseitiges Verhältniß des Vertretungsleisters und des Vertretenen 1340, 1947. Ungiltigkeit des den Vertretungsleister mit Umgehung des Vertretenen condemnirenden Urtheils 1734. Rechtsmittel vom Vertretungsleister für den Vertretenen eingelegt 2781. Haftung des Vertretungsleisters für die Proceßkosten? 3111.

V. **Veränderung der Personen während des Processes.** Veräußerung des dienenden Grundstückes während der Verhandlung über die actio confessoria 244. Abtretung der eingeklagten Forderung während des Processes 3053. Einfluß des Todes einer Proceßpartei auf den Eid 63, 301, 715, 790, 821, 848, 1274, 1354, 2360, 2613, 2642, 2744, 2880, 3179.

VI. **Gegenseitiges Verhältniß der Parteien.**

1. Kostenersatz. Haftung der Partei für die Entschädigung des auf ihr Verlangen dem Gegner bestellten Curators? 52, 304, 1221, 1904, 1919, 2828, 3048, 3057. Voraussetzungen der Aufhebung der Proceßkosten: 98 (Beseitigung einer Ueberschreitung des Klagebegehrens in höherer Instanz), 372 und 1385 (Einschränkung des Klagbegehrens), 2918 und 3068 (Nichtaufhebung der Kosten ungeachtet der Herabsetzung des vom Kläger in Anspruch genommenen Betrages), 407 (Abänderung der bedingten Verurtheilung in eine unbedingte und umgekehrt), 669 (erwiesene Unechtheit der auf den Kläger aus dritter Hand übergegangenen Urkunde), 710 (Aenderung der Eidesformel in zweiter Instanz, 857 (Compensation), 977 (Pluris petitio in einem alternativen Begehren), 1294 (Sachfälligkeit des klagenden Concursmasseverwalters), 1517 (theilweise Sachfälligkeit des Obsiegers), 2281 (Verschweigen einer bereits erfolgten Abschlagszahlung in dem Arrestgesuch), 1917 und 2620 (Unterliegen des Klägers wegen Verjährung), 3069 (Unterbliebene Einwendung der Verjährung). — Priorität der Proceß-, Urtheils- und Executionskosten 918. Rangordnung der Executions- und Liquidirungskosten bei der Kaufpreisvertheilung 552, 1336, 2354. Rangordnung der Kosten der Relicitation 2852. Beschränkung der Haftung der Hypothek auf die Realexecutionskosten 2595. Anspruch der bei Ausbleiben des Gegners die Erstreckung der Tagsatzung begehrenden Partei auf Kostenersatz 564, 3172. Sofortige Verurtheilung in den Kostenersatz wegen verschuldeter Vereitlung der Tagsatzung 2302. Aussetzung der Entscheidung über die Proceßkosten erster Instanz bis zum Ausgang des in der zweiten angeordneten

Beweisverfahrens 584. Uebergehung des Kostenpunktes bei Abänderung eines Spruches zweiter Instanz, welcher im Gegensatz zu dem der ersten die Aufhebung der Kosten verfügt 3108. Gesuch um Mäßigung der bereits bezahlten Proceßkosten, gegen den Advocaten des Gegners gerichtet 590, 2198. Unzulässigkeit der Geltendmachung des Anspruches auf Kostenersatz durch selbständige Klage 3121. Kosten des Eidesverfahrens 693, 717, 895, 1004, 1275, 1841, 2347, 2851. Kosten des Verfahrens wegen Zulassung der Beweisführung pro vitando perjurio 892. Verlegung der Tagsatzung, weil Product erst bei dieser die Originalurkunden fordert 698. Verlegung der Tagsatzung wegen Erweiterung des Klagbegehrens 2407. Umfang der Haftung von Streitgenossen für Proceßkosten 745, 2616, 2687. Haftung des Vertretungsleisters 3111. Reisekosten des Advocaten 768, 2472. Anspruch auf Wagengebühr innerhalb des Gerichtssitzes 2484. Anspruch der Nationalbank auf Ersatz der Liquidirungskosten im Concurse 858. Kosten der Beiziehung eines Advocaten im summarischen Verfahren 998, 1911, (2597). Im Besitzstörungsproceß 2913. Anspruch auf Ersatz der durch ein von der Concursmasse im Liquidirungsproceß ergriffenes Rechtsmittel verursachten Kosten 1022. Verurtheilung der klagenden Concursmasse 1042. Kosten der Entsendung eines Bevollmächtigten zur Vornahme der Execution 1218. Anspruch auf Ersatz der auf außergerichtliche Abschätzung erlittenen Schadens verwendeten Kosten 1307. Kostenersatz im Restitutionsproceß ob noviter reperta 2346; wegen verstrichener Frist 2882. Unbedingte Kostenersatzpflicht des wegen schlechter Vertretung Restitution Begehrenden 1815. Kosten der Verhandlung wegen Ausbleibens-Rechtfertigung dem Gegner des Ausgebliebenen auferlegt 1360. Kosten der Execution zur Sicherstellung 2472. Kosten einer ungegründeten Sequestration 1441. Kosten der Erfolglassung einer deponirten Geldsumme 1478; — des Incidenzstreites über Neuerungen 1524, 3125; — einer gerechtfertigten Pränotation 1568, 2754. Entscheidung über Kosten beim Rücktritt von der Klage 1528. Oberrichterliche Verurtheilung des in erster Instanz Obsiegenden in die Kosten erster Instanz 1705. Einfluß der Aufhebung der Entscheidung einer Instanz 2424. Abänderung der Entscheidung erster Instanz lediglich im Kostenpunkte ohne ausdrückliches hierauf gerichtetes Begehren 2467, 2472. Unzulässigkeit der reformatio in pejus bezüglich der Kosten 2493, 2812. Verfällung des ersten Richters in den Kostenersatz wegen unrichtiger Gesetzesanwendung? 3187.

2. Klagscaution 403, 1099, 1165, 1293, 1536, 1721, 2044, 2240 (Giltigkeit des Verfahrens trotz unterlassener Auferlegung derselben), 2351, 2426, 2482 (am Gerichtsorte protokollirte aufrechte Firma), 2553, 2896.

3. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel 1833, 2763.

VII. **Parteien-Vertreter.** Nothwendigkeit der Beiziehung (Unterschrift) eines Advocaten 551, 781, 951, 1456, 1913, 1930, 2489, 2996. Vertretungs-

befugniß der Notare 597, 712, 940, 1698 (Proceß aus einem Wechselprotest), 2922; — der Advocaturseoncipienten 1435; — der öffentlichen Agenten 752, 782. Vertretung des Beklagten durch einen hiezu nicht Befugten bei einer Tagsatzung nach §. 16 a. G. O. 2470. Unwirksamkeit der im Urtheile erfolgten Kostenbestimmung gegenüber dem Advocaten des Obsiegers 308. Gesuch um Mäßigung der Proceßkosten gegen den Advocaten des Gegners gerichtet 590. Unzulässigkeit der Pränotation von Forderungen des Advocaten gegen den Clienten auf Grund der Vertretungsvollmacht 629, 1118. Anspruch des Advocaten auf Sicherstellung der Kosten der Expensenbestimmung? 2543. Vorlage einer von der vorher der Partei ausgefolgten abweichenden Expensennote 2576. Unzulässigkeit des Mandatsprocesses zur Einbringung der ohne Anhörung des Gegners bestimmten Gebühren 1932. Anerkennung der Expensenforderung 1940. Unzulässigkeit gerichtlicher Bestimmung bereits agnoscirter Expensen 2624. Unzulässigkeit richterlicher Prüfung der von der Partei bereits beglichenen Expensnote 3226. Verlust des Deservits 1792. Ersatzklage gegen den Rechtsfreund wegen schlechter Vertretung 2278. Unmittelbare Haftung des Advocaten für die Gebühr für Einschaltung der in Sachen seines Clienten erlassenen Edicte 2730. Stellung des gemeinschaftlichen Vertreters von Streitgenossen 730, 745, 1959, 2017.

VIII. **Armenrecht.** Voraussetzungen des Kostenvorschusses 2563. Anspruch des Armenvertreters auf den seinem Clienten zugesprochenen Schadenersatz 705. Versprechen der Armenpartei, ihre Vertreter zu honoriren 1757. Verpflichtung des zum Armenrecht Zugelassenen zur Klagscaution 1293. Cautionsleistung als Bedingung der Hemmung der Execution durch eine Exscindirungsklage 2044. Armenrecht verwendet zum Nachweis der Gefahr als Voraussetzung eines Verbotes 2614. Verweigerung des Armenrechtes gegenüber dem Giratar bei mangelndem Nachweis der Armuth des Giranten 3114.

E. Aeußere Form der Eingaben. Zustellung. Fristen. Tagsatzungen.

I. Sprache der Eingaben 202, 2562. Ueberreichung der Appellationsbeschwerden in duplo (im summarischen Verfahren) 187. Telegramm 1963, 2898, 3022. Erforderniß der Unterschrift eines Rechtsfreundes 551, 781 (bei Concursanmeldungsgesuchen), 951, 1456, 1930; 2489 (bei Gesuchen um Erweiterung der Pränotationsrechtfertigungsfrist).

II. **Zustellung.** Verspätung der Zustellung der Klage 317. Irriger Zustellungsvermerk 2700. Auftrag zur Güternamhaftmachung 112. Verständigung der Satzgläubiger von der Feilbietung 197, 305, 1057, 2323, 2330, 2340, 2425, (2725). Zustellung an den Vormund des im Grundbuch als minderjährig Bezeichneten 2680. Aufkündigung eines Bestandvertrages 1266, 2018. Nachträgliche Zustellung der Beilagen

einer Satzschrift 1473. Zustellung an den Buchhalter oder nicht protokollirten Gesellschafter 1751. Zustellung der gerichtlichen, das Aerar betreffenden Mieth- und Pachtaufkündigungen an die Finanzprocuratur 2788. Affigirung an die Wohnungsthür des im fremden Namen Proceß Führenden 1988. Wirkung der Zustellung an den Curator absentis 2038. Verweigerung der Annahme wegen Unkenntniß der Sprache 2070. Rechtskraft des Executionsbescheides ungeachtet mangelhafter Zustellung des die Grundlage der Execution bildenden Spruches 2836. (Nachweis der Zustellung der Klage als Bedingung der Vollstreckbarkeit des Contumacialurtheiles 560.)

III. Fristen. Einrechnung der Ferialtage: 1. in die Urtheilsfrist 158; 2. in die Frist zur Rechtfertigung einer Beschlagnahme wegen Privilegium-Eingriffes 102; 3. im Verfahren vor Handelsgerichten 456, 1731; 4. in die Frist zu Einwendungen gegen den Zahlungsbefehl 1772, 2682. Nichteinrechnung der Ferialtage in die Frist zur Appellationsbeschwerde 2774; in die erweiterte Frist zur Rechtfertigung des Verbotes 3007. Nichtberücksichtigung jüdischer Feiertage bei Berechnung der Recursfrist 1768. Fristberechnung bei Einbringung der Eingabe durch die Post 58, 463, 915. Abweisung eines wiederholten Fristgesuches von Amtswegen 1277. Berechnung der Frist im Falle der Abweisung eines wiederholten Fristgesuches 2219, 2365, 2827. Verbindung der Abweisung des Fristgesuches mit der Anordnung der Tagfahrt zur Acteninrotulirung 2827. Fristgesuch, eingelangt einen Tag nach dem am letzten Tage der Frist eingelaufenen Inrotulirungsgesuche 3173. Verspätete Eintragung des Einlangens einer Proceßschrift 2244. Fristversäumniß durch Verschulden eines Kanzleibeamten des Proceßgerichtes 2399. Einfluß eines irrigen Zustellungsvermerkes auf den Lauf der Frist? 2700. Folgen der Ueberschreitung der Frist zur Liquidirungsklage 864. (Frist zur Klage auf Ausscheidung aus dem Cridainventar 1197.)

Frist zur Incompetenzeinwendung 456, 654, 1213, 1677; im mündlichen Verfahren 2529; für die Erhebung der exceptio rei judicatae 2675; zur Einrede bei vergebens versuchter Vereinbarung auf mündliches Verfahren 1224; Einfluß des Zeitpunktes der Verständigung von dem Erlage der actorischen Caution auf die Frist zur Einrede? 2896. Einredefristerweiterung mit Rücksicht auf den Zeitpunkt der Recognoscirungstagfahrt 2832; bei Zustellung der Klage an einen Curator statt an den gerichtsbekannten Bevollmächtigten 1714, — bei Zurückweisung des Klagrückerlages 1589; zur Appellation nach Verabredung auf das ordentliche Verfahren statt des summarischen 748; — bei der entgegengesetzten Verabredung 447; bei Klagen wegen abgelaufener Bestandzeit 2995; zur Anbringung einer mündlichen Appellationsanmeldung 1016. Appellationsfrist im Falle nachträglicher Zustellung der Urtheilsgründe 3010. Recursfrist bei Zustellung an Mehrere 29. Frist zum Beweisantritt 109, 313, 340, 627, 949, 972, 1075.

Frist zur Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung 179, 975, 1104. Anfangspunkt dieser Frist 2718. Anfang der Frist zum Gesuch um Restitution gegen eine versäumte Frist im Falle des Recurses gegen die die Folgen der Versäumniß aussprechende Verfügung 3174. Berechnung der restituirten Frist zur Appellationsanmeldung 1142. Verspätete Einbringung der Appellationsbeschwerde? 2842. Frist zum Klagsrückerlage im Falle der Wiedereinsetzung zur Erstattung der Einrede 1181. Frist zur Bemängelung einer Rechnung 1032. Frist zur Besitzstörungsklage 189, 601, 2892; im Falle wiederholter Störung 2722. Anfang derselben bei Störung durch eigenmächtigen Holzschlag 2889. Appellations- und Revisionsfrist im summarischen Verfahren 447, 463; im Verfahren in Auszichstreitigkeiten 2525. Verlängerung der Frist für Einwendungen im Mandatsproceß 734, 1490, 1962, 2380, 2826. Verlängerung der Frist zur Erbrechtsklage 2507. Frist zur Einsprache gegen eine Aufkündigung 1266. Frist zum Recurs gegen die im Wege der wechselgerichtlichen Execution erfolgte Meistbotvertheilung 1410, 3137; gegen die Bemessung der Gebühr für die bei einer Wechselexecution zugezogenen Schätzleute 3185. Fristgesuche im Executionsproceß 1764. Anwendbarkeit der handelsgerichtlichen Fristen auf Excindirungsprocesse 1636. Erstreckbarkeit einer vom Richter im Executionswege gesetzten Frist 1765. Unzulässigkeit der Gewährung einer Fristerstreckung ultra petitum 2539. Versprechen, „bis“ zu einem gewissen Tage nicht Execution zu führen 2717. (Recursfrist in Grundbuchssachen, s. Verfahren außer Streitsachen F.)

IV. Tagsatzung mit einem Israeliten auf einen Sabbath anberaumt 516, 2352. Gesuch um Anordnung einer Tagsatzung zur Appellationsanmeldung 1016. Tagsatzung mit dem Beisatze, daß der Ausbleibende für zustimmend zu erachten sei 1438. Erstreckung der Tagfahrt wegen Strafhaft des Beklagten 2092; wegen Erweiterung des Klagbegehrens 2407. (Kosten der Verlegung, s. oben D. VI. 1.) Unzulässigkeit der Entscheidung in der Hauptsache vor Rechtskraft der Entscheidung über die Erstreckung der Tagsatzung 2014. Mündliche Abweisung des bei der Verhandlung vorgebrachten Gesuches um Vertagung der Fortsetzung derselben und sofortige Urtheilsfällung zur Hauptsache? 3187.

F. Gegenseitiges Verhältniß verschiedener Proceßarten.

Verhältniß des mündlichen Verfahrens zum schriftlichen: 1. Fristen bei vergebens versuchter Vereinbarung des mündlichen Verfahrens a) zur Incompetenzeinwendung 654, 1212; b) zur Einrede 1224. 2. Mündliche Appellationsanmeldung im schriftlichen Verfahren 740. 3. Mündliches Verfahren bei den Gerichtshöfen auf dem Lande 812, 2348. 4. Tagsatzung nach §. 16 a. G. O. statt des begehrten Executivprocesses 1342. 5. Concumacirung des von einer Tagsatzung nach §. 16 a. G. O. Wegbleibenden 1644.

Verhältniß des ordentlichen Verfahrens: 1. zum Executivproceß 70, 1342 (Anordnung einer Tagsatzung nach §. 16 a. G. O., wenn der Executivproceß unzulässig gefunden wird); 2. zum Mandatsproceß 460; 3. zum summarischen Verfahren: Aufrechthaltung des ordnungswidrig eingeleiteten summarischen Verfahrens 121, 252, 365. Unzulässigkeit des Zurückgreifens auf einzelne Regeln des summarischen Verfahrens nach Vereinbarung auf das ordentliche 545. Frist zur Appellation nach Ueberleitung des summarischen Verfahrens in das ordentliche 748. Uebereinkommen auf schriftliches Verfahren „mit Beibehaltung der Normen („der Rechtswohlthaten") des summarischen Verfahrens 2314, 3156. Stillschweigend vereinbarte Rückkehr zum schriftlichen Verfahren im Appellationszuge nach Annahme des summarischen Verfahrens für die Verhandlung in erster Instanz 2981. 4. Zum Verfahren in Ausziehstreitsachen 2117.

Verhältniß des summarischen Verfahrens: 1. zum Executivproceß 841; 2. zum Rechnungsproceß 204; 3. zum Concursliquidirungsproceß 1573. Verhältniß des Rechnungsprocesses zum Aufforderungsproceß 702. Unzulässigkeit des Verfahrens in Bestandstreitsachen bei Klagen aus einem gemischten Vertrage 880. Frist zum Recurs gegen Acte wechselrechtlicher Execution (Meistgebotvertheilung) 1410.

G. Klage.

I. **Wesentlicher Inhalt der Klagen.** Mangelnde oder ungenügende Substantiirung des Klaganspruches (Aenderung des Klaggrundes) 76, 104, 228, 262, 264, 910, 1010, 1111, 1161, 1229, 1255, 1280, 1296, 1419, 1428, 1447, 3152. Bestimmung der Zeit der Beiwohnung in der Paternitätsklage 1029, 2157. Unbestimmtes Klagbegehren (893), 1177, 3084, 3097 (Nothwendigkeit der Begründung und Präcisirung des Anspruches auf Sicherstellung); Unklarheit des Klagbegehrens 2261; alternatives Klagbegehren, 977, 1381. Schreibfehler im Klagbegehren 851. Unzulässigkeit der Berichtigung eines Fehlers in der Geschichtserzählung aus den Beilagen 1507. Formulirung des Begehrens in einer Theilungsklage 3016. (Vgl. über das Verhältniß des Urtheils zur Klage L. III.; über Abweichungen der Partei vom Klagbegehren J.)

II. **Klagenhäufung:** Voraussetzungen 2233; subjective Klagenhäufung 22, 234, 605, 622, 762, 913, 914, 980, 1250, 2515; objective 159, 234, 254, 352, 385, 526, (981), 2371, 2589. Vereinbarung gemeinsamer Verhandlung über mehrere Klagen 1263. Unwirksamkeit solcher Vereinbarung 2591.

III. **Annahme** der Klage und Zurückweisung a limine judicii. Wirkung der rechtskräftig gewordenen Annahme der Klage 382, 2760, 3071. Abweisung von Amtswegen: 1. Klage auf Zugestehung der Rechtswohlthaten: a) nach Eröffnung des Concurses 222; b) nach der Beendigung desselben 1292, (1220). 2. Klage, wo das Gesetz das Klagrecht versagt 262. 3. Bestreitung der ehelichen Geburt eines posthumen,

mehrere Jahre alten Kindes durch die Mutter 2835. 4. Verfehlen der Person des Geklagten 289. 5. Richtung der Klage alternativ gegen den Belangten oder dessen (nicht benannte) Erben 3091. 6. Cumulirung des Begehrens um Genehmhaltung einer Rechnung und Liquidhaltung der daraus abgeleiteten Forderung 159. (Weisung ad separandum vgl. G. II. objective Klagenhäufung.) 7. Vorläufige Verweisung eines Wasserbaustreites an die Administrativbehörde 379. 8. Gerichtssprache 202, 2562. 9. Unterschrift des Rechtsfreundes 551, 951, (2489), 2996). 10. Klage zur Anfechtung einer Cridarepartition 814. 11. Klage auf Ungiltigerklärung eines Executionsactes 1599, 1666. 12. Mangel des Erwerbsteuerscheines 1623. 12a. Mangel der Ermächtigung der Obervormundschaft 2881. 13. Einspruch gegen die Aufkündigung eines Darlehens 1691, 2197. 14. Unzulässigkeit der Zurücklegung einer gerichtlichen Mandatskündigung 2308. 15. Mangel einer Berühmung bei der Aufforderung ex lege diffamari 1756. 16. Bauaufforderungsklage, die der Sache nach auf einer provocatio ex lege diffamari beruht 2874. (Rechtskraft des dieselbe zu Gericht annehmenden Bescheides? 3071.) 17. Unzulässigkeit der Abweisung einer gehörig instruirten Besitzstörungsklage a limine 2272. 18. Restitutionsgesuch nach erfolgter Auferlegung des ewigen Stillschweigens 1784. 19. Klage auf Nichtigerklärung eines Urtheils 1787. (Incompetenz vergleiche Civilgerichtliches Verfahren überhaupt A und Verfahren in Streitsachen A.) Bestimmung einer Frist zur Wiedereinbringung der verbesserten Klage 234.

IV. **Wirkungen der Klaganstellung.** Unterbrechung der Verjährung 48, 169, 670. Gehörige Fortsetzung als Bedingung der Unterbrechung der Verjährung 905. Verantwortlichkeit des auf unentgeltliche Herausgabe eines Grundstückes Belangten für die später erfolgte Belastung 666. Zulässigkeit der Sequestration der streitigen Sache 1326. Anmerkung der Streitigkeit 1100, 2082, 2275, 2284, 2313, 2415.

H. Contumacia und Streiteinlassung. Klagerückerlag und Einwendungen.

I. **Contumacirung** des von einer Tagsatzung nach §. 16 a. G. O. Wegbleibenden 1644. Contumacirung mehrerer Streitgenossen 317. Verweigerung der Antwort auf die Klage 354. Erklärung des Beklagten, daß er keine Einwendung zu machen habe, während die Klage durch deren Beilagen widerlegt ist 466. Theilweise Submission (538), 1066. Antrag auf Abweisung der Klage, weil Beklagter das Recht des Klägers anerkenne 1288. (Unterlassung des Widerspruches s. K. II. 1. Geständniß.) — Wirkungen der Contumacirung 726; processualische Folgen 2236; — insbesondere bei Entschädigungsklagen 1407. (Wegbleiben von einer Tagsatzung zur Meistbotsvertheilung 1438.) Zurückweisung der gegen den Contumax gerichteten Klage wegen mangelnder Substantiirung des Klagbegehrens 910, — wegen der Ungiltigkeit des

geltend gemachten Rechtsgeschäftes 2045. Nachweis der Zustellung der **Klage** als Voraussetzung der Vollstreckbarkeit des Contumacialerkenntnisses 560. — **Ausbleibens-Rechtfertigung:** Unzulässigkeit der Zurückweisung des Gesuches von Amtswegen 508. Rechtfertigung des Ausbleibens von der Eidestagsatzung 24. Rechtfertigungsgesuch eines einzelnen Streitgenossen, während mit einem anderen verhandelt wurde 591. Entscheidung über die Kosten der Rechtfertigungsverhandlung 1360.

II. **Unzulässigkeit** des Klagerückerlages wegen Streithängigkeit 9, 886. Geltendmachung eines gerichtlichen Vergleiches durch Klagerückerlag 1487. Frist zum Klagerückerlag bei Wiedereinsetzung zur Erstattung der Einrede 1181. Bestimmung einer neuen Frist zur Einrede nach Abweisung des Klagerückerlages 1589. Weigerung des Beklagten, im mündlichen Verfahren Rede und Antwort zu geben, weil ihm die Tagsatzungsanordnung zu spät zukam 2578. Exceptio litis pendentis 9, 417, 448, 886, 1217, 2708. Exceptio rei judicatae 229, 761, 807, 808, 854, 931, 978, 1008, 1024, 1181, 2067; Geltendmachung derselben in der Einrede, nicht durch Klagerückerlag 2451; Vorbringung in der Duplik des Hauptprocesses 3212. Exceptio rei in judicium deductae 1643, 1872. Unzulässigkeit der Verbindung der exceptio rei judicatae mit der Verhandlung über die Hauptsache 375. Geltendmachung des Umfanges des gemeinschaftlichen Vermögens durch Einrede 2355. Unzulässigkeit der Verbindung von einander widersprechenden Vertheidigungen 2056. Confession eines Mitgliedes des Commissionsgerichtes als Perhorrescenzgrund? 2959. Exceptio fori (vergleiche A. Competenz) 456, 976, 2736. Verbindung der exceptio fori mit der Streiteinlassung 2599. Verzicht auf die exceptio fori durch Einlassung auf die Hauptsache? 2356. Frist zur exceptio fori bei vergebens beantragtem mündlichen Verfahren 654, 1213, 1677.

I. Verschiedene Zwischenfälle des Processes. Nullität.

Abstehen von der Klage 457, 1528, 1872, 2850 (Kostenersatz): 2516 (mit Vorbehalt neuer Anbringung bei einem anderen Gerichte). Theilweiser Rücktritt von der Streiteinlassung 1385. Aenderung des Klagegrundes 1507. Unzulässige Klagänderung? 2304, 2871. Umänderung der Personal- in eine Hypothekarklage 1741. Aenderung des Klagbegehrens 1735, 1947, 1976, 2027, 2345 (im summarischen Verfahren), 2407. Zulässigkeit eines Klagenachtrages im mündlichen Verfahren 2316; — im schriftlichen Verfahren 2526. Ergänzung der Klage in der Rechtsmittelinstanz im summarischen Verfahren 2556. Widerruf eines in der Replik gemachten Geständnisses in der Schlußrede 2459. Ausdehnung des Begehrens einer Schuldklage auf Rechtfertigung der Pränotation 834. Veränderung des Sachverhaltes nach Anstellung der Klage 209, 1574, 1761 (Untergang der Streitsache), 2545 (Verzicht auf die Geltendmachung der Minderjährigkeit durch Fortsetzung des Verfahrens nach

erlangter Großjährigkeit). Annahme eines in der Einrede gemachten Anerbietens in der Replik 533. Veränderungen in den Personen während des Processes 63, 244, 301, 715, 821, 848, 1274, 1354, 3053. Entlassung eines mitbeklagten Solidarschuldners aus dem Streite 914. — Erneuerung oder Reassumirung der Klage? 35. Sistirung der Verhandlung bis zur Bestellung der Klagscaution 403. Neuerungen 244, 306, 1524, 2058, 3167. Neuerungen in der Schlußschrift, welche nicht zur Entkräftung von Neuerungen in der Duplik dienen 2311, 2974. Unzulässigkeit einer besonderen Verhandlung über die Legung von Neuerungen in der Schlußschrift 2861. Unzulässigkeit der sofortigen Abweisung des Gesuches um Zulassung zur Legung von Neuerungen in der Schlußschrift 3060. Kostenersatz 3125. Inrotulirung: Verbindung der Abweisung des Fristgesuches mit der Anordnung der Tagfahrt zur Inrotulirung 2827. Erklärung des Beklagten, daß er das ihm zugestellte Exemplar der Klage verloren habe 862. Benützung der Satzschriften und ihrer Beilagen zur Instruirung eines Incidenzstreites 2950. Exrotulirung 1081; während des Restitutionsprocesses 2998. Rescission des Actenrotulus 362, 385. Anführungen der Parteien nach geschlossenem Verfahren 914. Gesuch um Restitution zwischen dem Schluß des Verfahrens und dem Urtheil 131, 779, 823, 2612. Nullität: 121, 252, 289, 305, 317, 362, 365, 382, 406, 500, 516, 548, 690, 720, 835, 912, 1038, 1061, 1247, 1272, 1295, 1676, 1734, 1787, 1844, 1918, 1958, 1969, 2008, 2279, 2298, 2317, 2340, 2441, 2607, 2736, 2760, 2811, 3112, 3154, 3163, 3170, 3187, 3215.

K. Beweis.

I. Beweis überhaupt.

1. Bescheinigung 19, 1545, 1739, 1786, 2767, 2930, 3117. Notorietät 367. Gerichtsbekannter Thatumstand 914. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel 1833, 2763. Rechtskraft des Beweisurtheils 1833, 2055. Vergleich auf ein Beweismittel 1709, 1720. Gegenbeweis: Verhältniß zum Hauptbeweis 178. Gegenbeweis pro vitando perjurio 892, 2125; über eine mit dem Gegentheil des Eidesthemas nicht identische Behauptung 3122. Unzulässigkeit der Beweisführung pro vitando perjurio in Bestandstreitsachen 3142. Gegenbeweis zur Abwendung des zuerkannten Schätzungseides 429. (Vgl. übrigens unten 4. Gegenseitiges Verhältniß verschiedener Beweisarten und Beweisführungen.) — Beweisführung durch Acte der Administrativbehörden 18, 287, (430), 620, 1572, 1641, 1759, (2729); — durch strafgerichtliche Entscheidungen 923, 1129, 1620, 2719 (Unzulässigkeit des Gegenbeweises). Beweis zum ewigen Gedächtniß 31, 173, 333, 577, 664, 876, 1595, 1722, 2520, 2767, 2989, 3123. Beweisantretungsfristen 109, 313, (1672), 340, 627, 949, 972, 1075, 2147, 2180, 2347.

2. Beweisthema. That- oder Rechtsbehauptung? 2999. Negative 306, 469, 554, 769, 1497. Uneinbringlichkeit einer Forderung 19. Thatsachen, wodurch das forum contractus begründet wird 2, 227, 286,

387, 839, 1302, 1562, 1563, 2344. Mutterschaft 326, 1136, 1298. Uneheliche Vaterschaft 6, 133, 634, 1278, 2660, 2897. Identität gepfändeter oder in eine Concursmasse einbezogener Gegenstände 172, 200. Beobachtung der Testamentsförmlichkeiten 281, 306, 577. Herrschen der Cholera zur Zeit der Testamentserrichtung 367. Echtheit eines Testamentes 274, 306. Mala fides 378, 1417. Verletzung über die Hälfte 302. Annahme eines Versprechens 393. Zustandekommen eines zweiseitig abgeschlossenen Vertrages 481. Handlungsfähigkeit 1033. Echtheit einer Urkunde 28, 274, 306, 521, 750, 790, 1027, 1365 (mehr als drei Jahre nach der Verbücherung), 2664. Simulirtheit eines schriftlich geschlossenen Vertrages 3216. Unredlichkeit des Besitzes im Falle der §§. 367 und 456 a. b. G. B. 1417. Gefahr als Voraussetzung des Verbotes 1545; Nachweis derselben durch das dem Arrestaten bewilligte Armenrecht 2614.

3. Beweislast. Ungiltigkeit vertragsmäßiger Uebernahme derselben 1893. Beweislast in Bezug auf: Exceptio rei non sic, sed aliter gestae 1936. Noviter reperta 469. Forum domicilii 1510. Theilweise Ungiltigkeit einer wider Mehrere vollstreckten Pfändung 1991. Güternamhaftmachung 73, 1074. Bekanntwerden der Besitzstörung 139, 1771, 2289, 3030. Bekanntwerden der Geburt des angeblich außerehelichen Kindes 554. Dauer der Alimentationspflicht gegenüber einem unehelichen Kinde 2262. Actio negatoria 14, 208, 916, 971, 1044, 1062, 1147, 1594, 1725, 1894, 1917, 1997, 2877. Reallast 1189. Verkauf auf Borg 2630. Unverschuldeter Irrthum 2296. In Ansehung der Richtigkeit der Schuld bei Rückforderung des von einem Minderjährigen Gezahlten 2106. Irrthum als Voraussetzung der condictio indebiti 141. Suspensivbedingung 193. Verabredung der Errichtung einer Urkunde 219. Gegenstand eines allgemein lautenden Ausgleiches 482. Echtheit einer Urkunde 132. Exceptio non numeratae pecuniae 630. Zahlung der Girovaluta 920. Anfechtung einer Schenkung wegen Verletzung des Pflichttheiles 991. Verschulden bei einer unrichtig adressirten Retoursendung 1083. Irrthümlich angenommene ungenügende Zahlung 1137. Unpünktliche Zahlung als Bedingung des Terminsverlustes 1556. Verschulden an der Nichterfüllung eines gegen Angeld geschlossenen Vertrages 2056. Dauer der Miethe 3209. Zeitpacht oder Erbpacht? 1501. Gegenforderung, welche der Gläubiger abzurechnen verpflichtet ist 1297. Verlust des Regreßrechtes des Wechselinhabers durch die vom Notar unterlassene Protesterhebung 2791. Echtheit eines Testamentes 306, 798, 979, 1604. Beobachtung der Förmlichkeiten eines schriftlichen Testamentes 1888. Physische Lesefähigkeit des Erblassers 1327. Insufficienz des bedingt angetretenen Nachlasses 1998. (Vermuthung der Entgeltlichkeit geleisteter Dienste 122. Vermuthung des Eigenthumes der Gattin an von ihrem Gatten empfangenen Schmucksachen 692.) Verjährung 3026. Beweislast hinsichtlich des ordnungsmäßigen Vorganges des Strafgerichtes bei Liquidirung der Vertheidigungsgebühr

gepflogener Abrechnung 230. Schuldschein ohne causa debendi (211), 228, 1966; mit falscher causa 1229, 1447. Geldempfangsbestätigung ohne Angabe des Rechtsgrundes 325, 329. Empfangsbestätigung des Ehemannes 58, 120, 132. Urkunde über einen zweiseitig abgeschlossenen Vertrag, nur von einem Contrahenten unterschrieben 481. Beweiskraft einer Quittung einem Mitschuldner gegenüber 1409, — eines Depositenscheines 1608, — eines präjudicirten Wechsels 1674. Beweis des Inhaltes einer amortisirten Urkunde 1729.

3. Kunstbefund und Augenschein. Anordnung des Kunstbefundes wegen Dringlichkeit durch Bescheid 333; ohne Vernehmung des Gegners 3102. (Beweis des Geisteszustandes durch Zeugen 334.) Staatsbeamte als Sachverständige in Processen des Fiscus 376. Kunstbefund über die Reife eines Kindes auf Grund der unbeschworenen Aussage der Hebamme 2727. Hufschmiede als Sachverständige bei Krankheiten der Pferde 993. Benennung der Sachverständigen 1135. Entscheidung des Obmannes 1135. Gegenbeweis gegen das Zeugniß der Sachverständigen über eine außergerichtliche Beschau 2564. Kunstbefund, in Abwesenheit der Parteien aufgenommen 1247. Gutachten ohne Autopsie 2105. Schätzung wegen Expropriation 506. Veräußerung eines Grundstückes vor Ausführung der zum Zwecke der Ermittlung des Vermögensstandes angeordneten Schätzung 2226. (Außergerichtliche Abschätzung angerichteten Schadens 1307.) Kunstbefund im Executionsverfahren 952, 1304.

4. Zeugenbeweis. Vergleich auf Zeugenaussagen 1709, 1720. Streitgenosse als Zeuge 1722. Aussagen der Zeugen eines schriftlichen Testamentes über die durch ihre Unterschrift bestätigten Thatsachen 281, 306. That- oder Rechtsbehauptung? 2999. Bedenklichkeit: Rechtsfreund im Proceß um Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung 179. Unzulässigkeit der Zeugenvernehmung des als Gerichtscommissär fungirenden Notars 2712. Staatsbeamte in Processen des Fiscus 376. Zeugniß von Beamten über dienstliche Wahrnehmungen (in polizeilichen Ausgleichsverhandlungen) 2857. Testamentszeugen als Verwandte des Zeugenführers 577. Unbedenklichkeit des Zeugen, der mit beiden Parteien verwandt ist 2990. Buchhalter des Zeugenführers 1070. — Nichtberechtigung des Zeugenführers zur Geltendmachung der Verwerflichkeit des Zeugen 638. Einfluß der vom Producten nicht geltend gemachten Verwerflichkeit des Zeugen 2899. Ersetzen der Aussage eines Zeugen durch das Protokoll über eine frühere Vernehmung desselben 216. Zulassung anderer Zeugen statt eines Verstorbenen 623, 1844, 2843, 2847. (Stellung des diesfälligen Antrages nach Ablauf der Beweisantretungsfrist). Berücksichtigung des Namens zugelassener Zeugen 1980, 2156. Gegenbeweis durch dieselben Zeugen 769. Zeugenbeweis durch den Vertretungsleister des Gegners 2333. Nichtigkeit des Zeugenverhöres wegen unterbliebener Stellung allgemeiner Fragen 2008. Zeitpunkt der Ausfolgung von Abschriften der Zeugenaussagen 31. Unzu-

lässigkeit der Ergänzung einer Zeugenaussage nach geschlossenem Beweisverfahren 476. Zulässigkeit der Aufhebung eines nach ergangenem Beiurtheil gefällten Endurtheiles behufs Ergänzung des Verfahrens 2325. (Wiedereinsetzung wegen neu aufgefundener Zeugen 625.) Ergänzung der Aussagen eines bedenklichen Zeugen durch Indicien und Erfüllungseid 626. Herstellung des ersten halben Beweises durch zwei bedenkliche Zeugen 2414. Benützung des Ergebnisses des in einem früheren Proceß aufgenommenen Zeugenbeweises 2282. Widersprechende Zeugenaussagen 638. Divergenz der Aussagen über ein mündliches Testament 535. Unzulässigkeit der Ablehnung des Antrages auf eidliche Vernehmung der Zeugen eines mündlichen Testamentes, weil ein mündliches Testament nicht vorliege 3055. (Erklärung eines Testamentszeugen, daß seine Unterschrift unecht sei 701.) — Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß: Voraussetzungen desselben 876, 2767 (Bescheinigung der Gefahr), 3180. Unzulässigkeit der Verweigerung des Zeugnisses wegen unmittelbarem Interesse 3054. Unwirksamkeit einer Vereinbarung der Parteien über Vernehmung der Zeugen in ihrer Gegenwart und von einem anderen als dem zuständigen Gerichte 3123. Unzulässigkeit wiederholter Vernehmung desselben Zeugen 173; nachträglicher Vernehmung über besondere Fragestücke 2989. Bitte des Zeugen um Zulassung zur Berichtigung (Vervollständigung) seiner Aussage 2520, 3098, 3099. Beweisaufnahme während des Recurszuges 2989. Abhörung von Testamentszeugen 577. Kundmachung der Aussagen 664. Zeugenverhörprotokolle als vollkommen beweisende Urkunden? 3195. — (Ausschließung des Haupteides durch das Resultat des Zeugenbeweises 11, 2747, 3219. Zeugenbeweis über den Geisteszustand 334; über den Sinn einer Vertragsurkunde 2241. Beweis der Gegenforderung durch Zeugen bei der Compensation 2264.)

5. Eid. Anbietung eines Eides ohne nähere Bezeichnung 469. Formulirung des Eides im Urtheil 114. Endurtheil unter gleichzeitiger, durch einen Eid bedingter Entscheidung über die Zuständigkeit 286. Rechnung der Eidesantretungsfrist 2147. Unzulässigkeit der Erweiterung dieser Frist 2591. Aufschiebender Einfluß des Begehrens um Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung auf die Eidesleistung 3094. Verspätete Antretung 340. Ansuchen um Verlegung der Eidestagsatzung 80, 119 (wegen Verschollenheit dessen, der den Eid ablegen soll), 489. Rechtfertigung des Ausbleibens von der Eidestagsatzung 24. Eidesantritt trotz erfolgter Betrugsanzeige 603. Zulassung des wegen Meineid in Untersuchung Gezogenen zur Eidesablegung in einem anderen Processe 2521. Obergerichtliche Aenderung der Eidesformel (Einfluß auf den Kostenpunkt) 710. Einfluß der a. o. Revision auf die Eidesfrist 1673. Einfluß der Streitgenossenschaft auf Auftragung und Ablegung des Eides 598, 706, 816, 830, 1025, 1215, 1230 und 2816 (Societätsfirma), 1334, 1654, 2036, 2080, 2329, 2418, 2513, 2670, 2906, 3039, 3078, 3081. Einfluß des Todes einer Proceßpartei darauf

L. Richterliche Entscheidung (Urtheil, Bescheid, Schiedsspruch).

1161, 1229, 1255, 1280, 1296, 1419, 1428, 1447, 1453, 1507, (1608). Abweisung der Klage wegen Unstatthaftigkeit des den Ort der Leistung betreffenden Theiles des Petits 2481; — wegen unterbliebener Belangung einzelner in der Sache Betheiligter 2315. Veränderung des Sachverhaltes nach Anstellung der Klage 209, 1574. (Behandlung des Eventualpetits 522.) Abweichung vom Klagbegehren 1735, 1741. Ueberschreitung des Klagbegehrens 98, (3039). Verurtheilung zum Erlag bei Gericht, während das Klagbegehren auf Zahlung lautet 592, 677, 716, 2194, 2708, 3149. Behandlung eines Executionsgesuches als Executionsklage 3153. Arbiträre Zuerkennung einer Remuneration statt der begehrten nach Procenten bestimmten Mäklergebühr 607. Ausdehnung des Begehrens einer Schuldklage auf Pränotationsrechtfertigung 884. Verurtheilung zur Zahlung eines unbestimmten Betrages trotz der Einklagung einer bestimmten Summe 835. Justificirung einer Eigenthums-Pränotation mit dem vom Beklagten nicht begehrten Beisatz, daß das Pfandrecht für den Kaufpreis zu ingrossiren sei 1661. Berichtigung eines Schreibfehlers im Klagbegehren 851. Individualisirung des im Klagbegehren zu unbestimmt bezeichneten Streitobjectes 891. Aufrechthaltung einer als schriftliches Testament angefochtenen Urkunde als Aufsatz eines mündlichen Testamentes 3147.

IV. **Rechtskraft des Urtheils** 229, 477. Subjectiver Umfang der Rechtskraft 16, 136, 244, 317, 679 (Wirksamkeit des gegen die Gemeinde ergangenen Urtheils wider die Gemeindeglieder), 1245, 1252, 1845 (Justificirung der Pränotation nach Veräußerung der Pfandsache), 2709, 3026, 3153. (Subjectiver Umfang der Nullität eines Urtheils 1272.) Rechtskraft des hinsichtlich der Hauptsache bedingten Endurtheils bei theilweiser Appellation 900. (Ueber die Formeln „nicht schuldig" und „das Begehren habe nicht statt" und Vorbehalte s. oben II.) Zulässigkeit der Aufhebung eines nach ergangenem Beiurtheil gefällten Endurtheils behufs Ergänzung des Verfahrens 2325. Unzulässigkeit der Oppositionsklage, gestützt auf den Nachweis der Fälschung der dem Urtheil zu Grunde liegenden Urkunde 3143. Rechtskraft des eine actio confessoria abweisenden Urtheils in einem späteren Besitzesstreit 2912. Umfang der Rechtskraft in einem Negatorienstreit 2085. Löschung des Pfandrechtes wegen rechtskräftiger Abweisung der Forderungsklage 2193. Rechtskraft des im Liquidirungsproceß ergehenden Erkenntnisses 303, 729, 808. Rechtskraft der die Wiedereinsetzung ablehnenden Entscheidung 1822. Rechtskraft des Beweisurtheils 1833, 2055. Declarative Kraft des Urtheils über eine Reallast 1837. Rechtskraft der Entscheidungsgründe 309, 477, 606, 761, 931, (2193), 3064 (Einfluß der Entscheidung über die Zinsen auf den Streit über die Capitalsforderung). Verhältniß der Entscheidungsgründe zum Urtheil 406. (Auslegung eines Urtheils 696, 3136. Berichtigung desselben 1391; — Schreibfehler in einem rechtskräftig gewordenen Urtheil 2094; — vgl. übrigens Abweichung von der im Urtheil festgesetzten Eidesformel K. II. 5.)

V. **Schiedsspruch.** Rechnungsverstoß in dem Schiedsspruch 36. Unrichtige thatsächliche Voraussetzungen 38. Ueberschreitung der im Compromiß gesetzten Frist 691, 700. Compromiß unter der Bedingung der Genehmigung des Schiedsspruches durch die Curatelbehörde; Beendigung der Curatel vor Abgabe des Schiedsspruches 757. Tod eines der Schiedsrichter 555. Klage gegen die Schiedsmänner auf wiederholte Wahl eines Obmannes 2698. Unzulässigkeit des gegen einen Schiedsrichter nach Vernichtung seines Spruches gerichteten Begehrens auf Schöpfung eines neuen 2799. Compromiß im Wege gerichtlichen Vergleiches zu Stande gebracht: Benennung anderer als der vereinbarten Schiedsrichter im Intimationsbescheid 902. Schiedsspruch, ohne Anhörung der Parteien ergangen 906. Schiedsrichterliche Gewalt bei Würdigung mündlicher Zugeständnisse der Parteien 955. Giltigkeit der Verabredung, für die Entscheidung künftiger Streitigkeiten von Fall zu Fall ein Schiedsgericht zu bestellen 1007. Auferlegung eines außergerichtlich unter besonderen Modalitäten abzulegenden Eides (Rabbinatseid) 1411. Compromiß über eine durch rechtskräftiges Urtheil entschiedene Sache 1611. Geltendmachung der Compromißclausel eines Gesellschaftsvertrages nach Auflösung der Gesellschaft 2063.

M. Rechtsmittel.

I. **Appellation und Revision.** Stellung der Rechtsmittelinstanz zu einem das Klagbegehren aus formellen Gründen abweisenden Urtheile 2760. Entbehrlichkeit der Appellationsanmeldung, wenn Appellationsbeschwerden überreicht sind 420. Ueberreichung der Appellationsanmeldung und Appellationsbeschwerden in simplo (im summarischen Verfahren) 187. Mündliche Appellationsanmeldung im schriftlichen Verfahren 740. Frist zur Appellationsanmeldung bei vereinbarter Ueberleitung des summarischen Verfahrens in das ordentliche 748. Stillschweigend vereinbarte Rückkehr zum schriftlichen Verfahren im Appellationszuge nach Annahme des summarischen Verfahrens für die Verhandlung in erster Instanz 2981. Frist zur Appellation im Falle nachträglicher Zustellung der Urtheilsgründe 3010. Wahrung der Appellationsfrist durch ein Gesuch um Anberaumung einer Tagsatzung zur Appellationsanmeldung 1016, 1526. Berechnung der restituirten Frist zur Appellationsanmeldung 1142. Appellationsfrist bei Einklagung eines Bestandzinses 1295 (2525); bei Klagen wegen abgelaufener Bestandzeit 2995. Nichteinrechnung der Ferien in die handelsgerichtliche Appellationsfrist 1731. Verspätete Einbringung der Appellationsbeschwerde? 2342. Appellation eines unter Mehreren in contumaciam Verurtheilten 317. (Vernichtung des ganzen wider Mehrere ergangenen Urtheils auf Betreiben Einzelner derselben 1272; Unzulässigkeit der Ergreifung von Rechtsmitteln durch einen der Substituten im Interesse der Anderen 2725.) Einfluß

gegen die Cassirung des erstrichterlichen Erkenntnisses im Besitzesproceß 2868. Anfechtung eines Urtheiles durch Recurs 2640. Verspätung des Recurses auf der Post 915. Restitution zum Revisionsrecurs 1349. Nichtberücksichtigung jüdischer Feiertage bei der Recursfrist 1768. Telegraphische Recursanmeldung 1963, 2898, 3022.

III. **Nullitätsbeschwerde** (vgl. I. Nullitäten) 516, 835, 1272, 1295, 1787, 2044.

IV. **Anfechtung eines Schiedsspruches** (vgl. L. V.). Bestreitung des Schiedsspruches (nach Ablauf der gesetzlichen Frist) wegen Simulation 1162. Hemmung der Execution durch die Klage wegen Nichtigkeit des Schiedsspruches 1281. Execution zur Sicherstellung während der Verhandlung über die Anfechtung des Schiedsspruches 1364.

V. **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.** Verhältniß der Wiedereinsetzung wegen einer verstrichenen Fallfrist zu der wegen schlechter Vertretung 1777, 1822 und 2842, — zu der ob noviter reperta 1206. Wiedereinsetzung gegen eine versäumte Frist oder gegen ein rechtskräftiges Urtheil? 2291. Suspensiveffect 1777. Rechtskraft der die Wiedereinsetzung versagenden Entscheidung 2842. Unzulässigkeit der Streitanmerkung im Falle einer Restitutionsklage 2284. Umfang der Wirkung der Restitution gegen ein Contumacialurtheil 2266. Exrotulirung während des Restitutionsprocesses 2998. Kosten 1315, 2346, 2882.

1. Wiedereinsetzung wegen einer verstrichenen Frist 131, 172, 298, 1142, 1181, (1206), 1256, 1349, 1472, 1972, 1983, 2306, 2640, 3106 (Versäumniß aus Rechtsunkenntniß), 3174. Wiedereinsetzung zur Rechtfertigung einer Pränotation 1532, (Löschung einer Pränotation ohne Rücksicht auf das nach abgelaufener Frist eingebrachte Restitutionsgesuch 2577, 2654), — zur Aufforderungsklage 1784, — gegen das Versäumniß einer vereinbarten Frist 1777.

2. Ob noviter reperta. Angesucht vor dem Urtheil 131, 779, 823, 2612. Erheblichkeit der Beweismittel als Erforderniß der Restitution 275. Neuheit der Beweismittel 1206. Specificirte Angabe der noviter reperta 442. Beweislast 469. Widereinsetzung, bewilligt gegen ein Urtheil, wodurch auf den vom Restitutionswerber deferirten Haupteid erkannt wird 454. Wiedereinsetzung, dem zum Erfüllungseide Zugelassenen bewilligt 625. Verjährung des Rechtes des Restitutionswerbers 904.

3. Wegen mangelhafter Vertretung 179, 229, 298, 399, 975, 1104, 1315, 1436, 1777, 2430 (Fristversäumniß durch Versehen des Advocaten), 2718 (Anfangspunkt der Frist zum Ansuchen um Wiedereinsetzung), 2934 (Unterlassung der Heranziehung eines Vertretungsleisters), 3094 (Einfluß des Restitutionsbegehrens auf die Eidesleistung). Ersatzklage gegen den Rechtsfreund 2278.

N. Execution.

(Executivproceß s. Q. III.)

I. Execution überhaupt.

1. Grundlage der Execution. Rechtskraft des Urtheils (s. L. IV.). Unwirksamkeit des den Ehegatten zur Alimentirung der Frau verurtheilenden Erkenntnisses für die Zeit nach dem Tode des Mannes 3136. Einfluß eines neuen Gesetzes auf die Vollstreckung vorhergegangener Erkenntnisse 3178. Execution ausländischer Urtheile 405, 1552, 2179, 2228; ausländischer Schiedssprüche 3207. Nachweis der Zustellung der Klage als Voraussetzung der Vollstreckbarkeit eines Contumacialerkenntnisses 560. Vollstreckbarkeit des durch einen Eid bedingten Urtheils 1516; — des der Ergänzung durch andere Urkunden bedürftigen 1607; — des einem (vereitelten) Compromiß unterworfenen 1611; — des absolutorischen Urtheils wider den Kläger 1685. Berechnung der vierzehntägigen Urtheilsfrist 158. Entbehrlichkeit der gerichtlichen Pfändung bei bereits erworbenem Pfandrecht 2392. Execution zur Einbringung von Aerarialersatzansprüchen 3189. Executive Einbringung rückständiger Vermögensübertragungsgebühren gegen den späteren Erwerber des Gutes 2810, 3186. Execution auf Grund von Zahlungsbefehlen der Finanzbehörden 738, 3090 (Tabakcreditschuld); — auf Grund eines Administrativ-Erkenntnisses gegen einen Beamten 2334; — auf Grund eines Strafurtheils 2721; — eines militärstrafgerichtlichen Urtheils 2631, 3168. Vollstreckbarkeit eines vor dem Strafrichter abgeschlossenen Vergleiches 791; — eines über eine Grenzberichtigung geschlossenen Vergleiches 1827; — eines mit einem Schuldübernehmer geschlossenen gerichtlichen Vergleiches 2249; — eines zu Protokoll erklärten Versprechens 1232; — eines Urtheiles in einem Negatorienstreit 2260; — eines durch eine Gegenleistung bedingten Urtheils bei eingetretener Unmöglichkeit der Gegenleistung 1233; — eines keine Frist bestimmenden Urtheils über künftige Leistungen 1267; — der Rechnungserledigung der Diöcesanbuchhaltung 1793. (Unzulässigkeit der Einschränkung einer durch gerichtlichen Vergleich regulirten Servitut 2286.) Folgen der Nichteinhaltung der in einem gerichtlichen Vergleich bei Terminsverlust festgesetzten Zahlungszeit 2584. Unzulässigkeit der Execution des Solidarschuldners gegen einen Mitverurtheilten 1754. Unzulässigkeit sofortiger Executionsausführung gegen dritte einem gerichtlichen Vergleiche beitretende Personen 2401. Unzulässigkeit der executiven Einverleibung der gegen den Vormann erwirkten Pränotationsrechtfertigung 3119. Unzulässigkeit der Executionsführung des Cessionars auf Grund eines für den Cedenten ergangenen Urtheils 3153. Fortführung der Execution durch den Cessionar 1653, 2652. Angabe und Prüfung des Resultates vorausgegangener Executions-

schritte 1348. Executive Pfändung ohne Nachweis des Nichtausreichens des bereits erworbenen gerichtlichen Pfandrechtes 3138. Entbehrlichkeit der Beibringung des Bestandvertrages bei der Pfändung der invecta et illata 3045.

2. Object der Execution. Bestimmung desselben im Falle eines Zahlungsauftrages „bei Executionsvermeidung“ 2849. Unzulässigkeit der unmittelbaren Execution auf Staatsvermögen 424. Unzulässigkeit der executiven Feilbietung eines Wohnungsrechtes 2136. Execution auf Beamtengehalte 1736, 2468, 3063, 3129; — auf die Bezüge der Diurnisten 3087; — auf Pensionen von Sparcassenbeamten 2911; — auf das Einkommen eines Lottocollectanten 1418; — auf das Entgelt für Dienstleistungen 1851; — auf ein ohne Zustimmung der Pfandgläubiger abgetrenntes Grundstück 1537; — auf eine aus mehreren Grundbuchsobjecten bestehende Gesammtsache 2663; — auf bedenkliches beim Strafgericht verwahrtes Gut 1372, 1673; auf den Fruchtgenuß des Vaters an dem seinen Kindern zugewandten Vermögen 129; — auf ein Ausgedinge 1460, 2161, 3110; — auf ein zur Sicherstellung einer Rente einverleibtes Capital 2837; — auf Brandschadensvergütungen 2777, 2885, 3126; — auf ein Cridagut für den Fall, daß es zur freien Verfügung des Cridatars zurückkehre 1216. Executive Pfändung von Sachen in Händen eines Dritten 3041; — Pfändung von Objecten, welche der Käufer in Gewahrsam des Executen belassen hat 2939; — executive Feilbietung einer als Caution für noch unbestimmte Ansprüche bestellten Forderung zu Gunsten anderer Gläubiger 2404; — Verweisung der Ansprüche des Erbauers eines Hauses auf dem in Execution gezogenen Grunde auf abgesonderten Proceß 2888; — Execution auf das Erbrecht 3127; — Execution eines Gläubigers des Erben auf Erbschaftssachen vor der Einantwortung 532, 739, 1338, 1367, 2030; — Executivintabulation auf Grund des §. 822 a. b. G. B. 2406, 3015; — auf Substitutionsvermögen vor Eintritt des Substitutionsfalles 791, 2725; — Unzulässigkeit der Executionsführung auf ein der fideicommissarischen Substitution unterworfenes Grundstück 3075, 3158; (Entbehrlichkeit der Verständigung von fideicommissarischen Substituten 2725); — Einfluß eines intabulirten Veräußerungs- und Einschuldungsverbotes auf die Tauglichkeit des Objectes 2160, 2821. Execution auf bereits an Dritte übergegangene Erbschaftssachen 1253; auf Objecte, die einer von Anderen erwirkten executiven Sequestration unterliegen 3018.

3. Hemmung der Execution. Wegen entdeckter Minderjährigkeit des Executen 2713. Im Zuge befindliche Behandlung der Gläubiger 108; — Auswanderungsverhandlung 1701. Erlag der eingeklagten Summe 1069. Erlag durch einen Dritten 2159. Erlag unter Vorbehalt 2726. Nichtberechtigung des die Schuldsumme erlegenden Hypothekarschuldners zum Einkommensteuerabzug für die seiner Besitzerwerbung vorausgehende Zeit 2391. Erlag bei einem anderen als dem er-

kennenden Gericht und mit der Bitte um Hemmung der Execution bis zum Ausgang eines Strafprocesses 3080. Zahlung 1289. Sistirung der Feilbietung während der Verhandlung über die Restitution zur Appellation 2975. Klage wegen Nichtigkeit des Schiedsspruches 1281. Nachweis, daß die im Urtheil zugesprochene Forderung nur theilweise zu Recht bestehe 2452. Anzeigen Dritter über die der Execution entgegenstehenden Hindernisse 1303, 1518, 2287. Recurs des Fruchtnießers gegen die executive Veräußerung des Fruchtnießungsobjectes 2416. Hemmung der Execution auf Ansuchen des Executen gegen Caution? 2495. Strafanzeigen 743, 1203, 1440, 1588, 2419, 2455, 2786, 2838. Disciplinaruntersuchung über die Intervention eines Notars bei dem der Klage zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte 2781. Noch nicht erfolgte Ausmittlung des reinen, unter Vorbehalt des Inventars angetretenen Nachlasses 957, 1114, 1115, 1442, (2030). Executives Pfandrecht mit der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B. 3015. Dritten Personen drohender unwiederbringlicher Schade 1321, 1513, 2297, 2779. Excindirungsklage 172, 719, 1151, 1309, 1321, 1620, 1763, 2044, 2058, 2740 (Voraussetzungen der Cautionspflicht) 2749. Unzulässigkeit der Hemmung wegen einer nur in Aussicht gestellten Excindirungsklage 2271. Oppositionsklage 1423, 1621, 1676, 2328, 2724, 2737, 3195. Gesuch um Sistirung der Execution 2452.

4. Verschiedene Zwischenfälle und Streitigkeiten im Laufe des Executionsverfahrens. Gänzlicher Untergang des urtheilsmäßig zu reparirenden Gegenstandes 1580. Mittlerweile eingetretene Interessenverjährung 15. Verschweigen einer Abschlagszahlung 17, 2281. Verschweigen eines vorausgegangenen Executionsschrittes 1348. Form der Verhandlung über die behauptete Erlöschung des Executionsrechtes 2921. Behebung eines ungiltigen Executionsactes 1766. Unzulässigkeit der Klage auf Ungiltigerklärung eines solchen 1599, 1666, 2152. Rechtskraft des Executionsbescheides ungeachtet mangelhafter Zustellung des die Grundlage der Execution bildenden Spruches 2836. Unzulässigkeit der Revindication von Parcellen, welche der Eigenthümer als Bestandtheile des feilgebotenen Grundstückes anerkannt hat 3032. Anfechtung durch Oppositionsklage 1621, 2830. Unzulässigkeit derselben zur Bestreitung des Terminsverlustes 2584. Excindirungs- oder Oppositionsklage? 3052. Oppositionsklage gestützt auf den Nachweis der im Hauptproceß gar nicht behaupteten Unechtheit (Fälschung) einer Urkunde 2795, 3143. Geltendmachung von Einreden im Oppositionsproceß gegen den exequirenden Aussteller-Giratar 2724. Aufhebung einer Executionsverfügung durch das Obergericht wegen offenbarer Ungerechtigkeit der zu vollstreckenden Entscheidung 2710. Nichtigkeit eines gerichtlichen Vergleiches wegen der beim Abschluß und der Intimirung desselben vom Gerichte begangenen Formfehler 2818. Auslegung des Versprechens „bis" zu einem gewissen Tage nicht Execution zu führen 2717. Unzulässigkeit der Entscheidung durch Bescheid über Einwendungen

gegen die Execution 34, 1114, 1115, 1658, 1688. Unzulässigkeit der Verwandlung der Zahlungsexecution in Sicherstellungsexecution 1558. Bestreitung der Giltigkeit eines Executionsactes im Wege der Einrede 427. Kunstbefund über eine durch Urtheil auferlegte Arbeit 592. Kunstbefund zur Liquidirung von Nebengebühren 1304. Kosten der Entsendung eines Bevollmächtigten des Executionsführers 1218. Vorbehalt eventueller Wiederaufnahme eines Executionsmittels 1276. Rechtsmittel gegen die Weigerung des zur Vornahme eines Executionsactes requirirten Militärgerichtes 1376. Competenzabgrenzung zwischen dem requirirenden und requirirten Gerichte 1470.

II. **Execution auf unbewegliche Sachen.** Eintragung des Executen in die öffentlichen Bücher als Voraussetzung der Execution 2115. Execution auf eine in die öffentlichen Bücher nicht eingetragene Realität 494, 2605, 2751, 2997; — auf Erbgut s. I. 2; — auf eine ohne Zustimmung der Pfandgläubiger parcellirte Liegenschaft 1537; — auf ein dem Executen mit Vorbehalt obrigkeitlicher Genehmigung verkauftes Gut 1718; — auf den ideellen Theil eines Hauses, worauf ein Gewerbe radicirt ist 1796; — auf das ganze Haus wegen der Schuld eines Gemeinschafters 1796, (2137). Intabulation eines Urtheils bezüglich künftiger Leistungen 901, 1166; — eines in possessorio summariissimo ergangenen Urtheils 1814. Einverleibung eines Fischereibesitzrechtes 1431. Execution wider den Hypothekarschuldner ohne vorausgegangene Belangung desselben 74, 438, 1071, 1324, 1508, 1548, 1560, 1780, 1783, (1845). Execution wider den Ersteher eines feilgebotenen Grundstückes 278, 536, 1064, 2813. Executionsacte nach bereits erfolgter executiver Feilbietung 233, 536, 725, 999, 1064, 1112, 1174, 1422, 1941. Execution auf die Früchte einer bereits versteigerten Realität 536, 1064, 2575. Unzulässigkeit neuer Executionen nach der Feilbietung des Grundstückes 3206. (Vgl. IV. Sequestration.)

Feilbietung. 1. Vorbedingungen. In einer anderen Executionssache vorgenommene Schätzung 1738. Mehrfache Bewilligung der executiven Feilbietung desselben Grundstückes 2340. (Executive Feilbietung eines im Besitze eines Ehepaares befindlichen untheilbaren Bauerngutes zu Gunsten der Gläubiger eines Ehegatten 2187.) Feilbietungsbedingnisse 95, 1179, 1392, 2001. Abänderung derselben auf Verlangen des Executen 2120, 2279. Nichtberücksichtigung von erst im Recurse vorgeschlagenen Feilbietungsbedingungen 2910. Sicherstellung pünktlicher Zahlung der Zinsen der Satzcapitalien, nicht vom Executionsführer zur Aufnahme beantragt? 2910. Kundmachung 1451. Verständigung der Hypothekargläubiger 197, 305, 1057. Art und Weise der Verständigung der Gläubiger und des Executen 2330. Vorläufige Vernehmung derselben über die Modalitäten und Bedingungen der Feilbietung 2396. Verständigung eines ausländischen Hypothekargläubigers durch Aufstellung eines Curators 2323. Zustellung an den gewesenen Vormund eines im Grundbuche als minderjährig Bezeich-

Rente einverleibten Capitales 2837. Rang der Zinsen 258, 322, 1184, 1458, 2681, 2908 (Entscheidung von Amtswegen), 3113 (urtheilsmäßig zugesprochene, seit mehr als drei Jahren rückständige Zinsen), 3192, 3211 (Berechnung der dreijährigen Frist), 2650 (nicht intabulirte — nicht gerichtlich zugesprochene Zinsen), 2914 (Zeitpunkt, bis zu welchem dem Pfandgläubiger die Zinsen gebühren). Rang der Executions- und Liquidirungsauslagen 64 (Kosten einer vorausgegangenen executiven Sequestration), 552, 918, 1336, 1773, 1961. Abgrenzung der Vorzugsrecht genießenden Executionskosten 2265, 2354, 2373, 2385, 2395, 2463, 2681, 3095. Beschränkung der Haftung der Hypothek auf die Realexecutionskosten 2595. Anspruch des Pfandgläubigers auf Ersatz der Verwaltungsgebühr für den ihm ex deposito judiciali auszufolgenden Betrag 2585. Rangordnung der Kosten der Relicitation 2852. (Salzburgisches Hypothekenwesen 2681). Simultanhypotheken 602, 837, 1200, 1345, 2565; 2601 und 3025 (Berücksichtigung der zwar in der Schuldurkunde, aber nicht im Grundbuch ersichtlich gemachten Solidarität der Haftung), 2739, 3036 (Einsprache des Besitzers der simultan mit dem Executionsobjecte haftenden Sache). Steuern und öffentliche Abgaben 674, 811, 1555. Vorzugsrecht rückständiger Personalsteuern? 3009. Rückständige Vermögensübertragungsgebühren 2804, 2807 (Berechnung der Frist für die sachliche Haftung). Interessen von Gebührenrückständen 1337. Einkommensteuerabzug von den Zinsen einer auf den Kaufpreis verwiesenen Besitzveränderungsgebühr 903. Grundentlastungsraten 1555, 1770. Gemeindeumlagen und Schulkosten 2210. Dienstbotenlöhne 2796. Kaufrecht 1575, 1732. Bannrechte 2006. Befristetes Nutzungsrecht 1622. Fruchtgenuß 728, 870. Bewirthschaftungs- und Wohnungsrecht 1241. Mit einem älteren Pfandrecht collidirendes Wohnungsrecht 933. Zuweisung von Grundentlastungs-Obligationen 1458. Außerbücherliche Abtrennung von Bestandtheilen des feilgebotenen Gutes 1732.

III. **Execution auf Rechte und andere bewegliche Sachen** (mit Ausschluß der executiven Sequestration). Collision von Pfandgläubigern 200, 236, 1153 und 1737 (gesetzliches Pfandrecht des Bestandgebers), 1382, 1558, 2087 (gleichzeitige Vornahme zu verschiedenen Zeiten bewilligter Pfändungen), 2596, 3019; insbesondere bei gerichtlichen Depositen 758, 973, 1368, 2299, 2623 und 3051; 2980 (Streitanmerkung im Depositenbuch?); und bei Forderungen an öffentliche Cassen 1123. Unzulässigkeit der Transferirung gepfändeter Sachen in die Wohnung des Executionsführers 2154. Unzulässigkeit der Transferirung wiederholt gepfändeter Effecten ohne Zustimmung der früheren Pfandgläubiger 285. Sequestration der pfandweise beschriebenen invecta et illata. Gefahr der Verschleppung? 3031. (Klage auf Ausscheidung unbeweglicher, in eine Mobilarexecution einbezogener Sachen 719. Excindirungsklage 172, 719, 1151, 1309, 1321, 1621, 2122, 2547. Excindirungs- oder Oppositionsklage? 3052)

Unzulässigkeit der Bewilligung der Mobilarexecution ohne Bestimmung des Ortes, wo dieselbe zu vollziehen sei 2948. Pfändungsvornahme in der früheren Wohnung des Executen 1160; — in einer gemeinschaftlichen Wohnung 2412; — an einem unrichtigen Objecte 2998; — Pfändung von Sachen in Händen eines Dritten 3041, (2254). Sofortige Aufhebung der Pfändung von im Besitz Dritter befindlichen Sachen 513, 1219, 1637, 1786, 1800, 1928, 2013, 2166, 2254, 2522, (2617). Aufhebung der Pfändung, ungeachtet des unterbliebenen Recurses gegen den Pfändungsbescheid 3000. Amtliche Erhebung des Umstandes, ob die gepfändeten Sachen sich im Besitze des Executen befinden 2920. (Anspruch des Eigenthümers der durch einen vorgeblichen Mandatar gekauften und übernommenen Sachen auf den im Wege executiven Verkaufes derselben erzielten Erlös 3043.) Zeitpunkt der Vollendung des Pfändungsactes 1110, 2232. Zeitpunkt und Voraussetzungen des Ueberganges einer executiv eingeantworteten Forderung auf den Executionsführer 2517. Unterlassung der Anmerkung der executiven Einantwortung auf der Schuldurkunde 2551. Vornahme der Feilbietung in Abwesenheit des Executionsführers 1630. Befreiung des ersten Pfandgläubigers vom Erlage des Kaufgeldes bei der Feilbietung 2514. Rang der Executionskosten 1750. Gebühren des Notars als Gerichtscommissär bei einer executiven Mobilarfeilbietung 2585. Amtliche Meistgebotvertheilung 2878.

Executionsobjecte (vgl. oben I. 2.): Ducaten 2129; — Staatsobligationen, wegen welcher die Amortisirung eingeleitet ist 2849; — Kirchenstuhl 771; — Kaufrecht 90, 2593; — Bestandrecht 2582; — executive Schätzung eines Ausgedinges 2161; — Privatforderungen 425, 1328, 2517; 2180 (mit Verbot belegte Forderung executiv eingeantwortet), 2456 (Ansuchen um executive Pfändung und „Erfolglassung" einer Forderung), 2404 (executive Feilbietung einer als Caution für noch unbestimmte Ansprüche bestellten Forderung zu Gunsten anderer Gläubiger), 2386 (executive Pfändung von Miethzinsen eines sequestrirten Hauses?), 2960 (Haftung des Executen für seine executiv eingeantwortete Forderung); — zweifelhafte Forderungen 610, 836; — Gegenforderung des Executen 459, 663, 1152; — Proceßkostenvergütung, welche dem zum Armenrechte Zugelassenen gebührt 705; — erst zu erwerbender Lohn 815, 1851. (Einfluß der Cession einer executiv eingeantworteten Forderung auf die Behandlung des Executen 872. Execution auf eine bereits cedirte Forderung 1237. Execution auf das einem Verschollenen für den Fall der Rückkehr ausgesetzte Vermächtniß 1043. Executive Erfolglassung von Verlassenschaftsgeldern 2623. Voraussetzungen der Feilbietung einer Rente 1310. Unzulässigkeit der Einräumung eines Pfandrechtes an einer Realservitut 2540; — der pfandweisen Beschreibung der hängenden Früchte 2331; — der executiven Einantwortung der Civilfrüchte einer auch Anderen verpfändeten Liegenschaft 2618, (2958); — der executiven Pfändung einer

Zeitschrift als solcher 2753; — der Feilbietung einer dem Executionsführer bereits eingeantworteten Forderung 1621, 2768.

IV. Executive Sequestration. Verhältniß der executiven Pfändung zu der von einem anderen erwirkten executiven Sequestration 3018. Unzulässigkeit der Verbindung von Pfändung und Sequestration 3164. Sequestration der Früchte des dem Executionsführer bereits verpfändeten Gutes 3213. Sequestration von Personalgewerben 351, 465. Sequestration des Einkommens eines Lottocollectanten 1418. Sequestration eines dem Schuldner nicht zugeschriebenen Grundstückes 2506, 2604. Sequestration des bereits versteigerten Grundstückes 536, 1064. Sequestration eines Grundstückes in Folge executiver Einantwortung der Früchte 576, 587, 800. (Unzuläßigkeit der executiven Einantwortung der verfallenden Miethzinse eines Hauses 2958; — der Civilfrüchte einer auch Anderen verpfändeten Liegenschaft 2618.) Sequestration eines vom Schuldner selbst bewohnten Hauses? 1484. Sequestration angefallenen Erbgutes im Interesse der Gläubiger des Erben 1488, 3127. Competenz zur Verhandlung über die im Requisitionswege vorzunehmende Sequestration 1470. Einwendungen gegen den vorgeschlagenen Sequester 1243, 2343. Berechtigung des Sequesters zur Auflösung von Bestandverträgen 45, 805, 1195. Einfluß der Sequestration auf die Compensation 2168. Anspruch der nachfolgenden Gläubiger auf Zahlung der Zinsen 574. Behandlung der Sequestrationskosten bei der Kaufpreisvertheilung 64. Betheiligung des executiven Sequesters bei der Besitzeinführung des Erstehers einer feilgebotenen Sache 1502. Bemängelung der Sequestrationsrechnung 2446. (Entschädigungsklage gegen den Sequester 746.)

V. Schuldhaft. Schuldhaft gegen Geistliche 474. Namhaftmachung der Güter: Zustellung des Auftrages 112. Beweislast 73, 1074. Namhaftmachung einer mit Beschlag belegten Pension 637; — einer bereits wiederholt erfolglos feilgebotenen Sache 1925; — einer Leibrente 2035. (Verweisung auf eine dem Gläubiger zustehende Hypothekarklage 1305.) Einwirkung der Güterabtretung, der Verhandlung über die Rechtswohlthaten und des Concurses auf die Schuldhaft 54, 198, 273, 656, 744, 1002, 1155, 1182, 1220, 1285, 1308, 1609, 1852, 1874, 1989. Alimentationspflicht (und Wirkungen der Nichterfüllung) 855, 860, 1207, 1398, 1462, 1463, 1598, 1657. Bitte des Verhafteten um einen Ausgang zum Gebrauch einer Cur 581, 637, (1396). Aufschiebung des Arrestvollzugs wegen Schwangerschaft 2393. Wirkung der Unterbrechung der Haft 1284, 1396, 1399. Berechnung der Dauer eines Superarrestes 359. Entlassung unter Vorbehalt der Wiederaufnahme 1276. Fortdauer des Arrestes nach freiwillig zugestandener Entlassung 20. Unterbrechung der Schuldhaft durch Untersuchungshaft 1862. Arrestvornahme in Croatien 1396.

VI. Andere Executionsarten. Auferlegung einer Geldstrafe 100, 621, 695, 1982, 2647. Execution des Erkenntnisses auf Rechnungslegung 2350;

eines gleichen Erkenntnisses wider die Erben 3157. Cautio de non amplius turbando. Ungebundenheit der Einklagung der angedrohten Geldstrafe an die dreißigtägige Frist 3038. Vollstreckung des richterlichen Auftrages zur Rückkehr in die eheliche Gemeinschaft 2869. Execution des Erkenntnisses auf Uebergabe eines Kindes 881; — auf Herausgabe einer bestimmten beweglichen Sache 1642; — auf Anerkennung des Propinationsrechtes 3128. Execution im Falle der Verurtheilung ad faciendum 255, 2260 (im Negatorienstreit). Durchsetzung des Anspruches auf Einräumung einer Wohnung in einem bestimmten Hause 2647. Execution des Besitzstörungserkenntnisses gegenüber einer anderen Form der Besitzstörung 2886. Kunstbefund über eine durch Urtheil aufgetragene Arbeit 952. Execution der Verpflichtung zur Uebergabe von Wechselaccepten 360, 2625; — zur Uebertragung einer Obligation durch Cession 696; — zur Ausstellung einer Urkunde 1270, 3006 (Bestellung eines Curators?). — Anhaltung zur Entfernung einer Concubine 1232. Nachklage behufs Umwandlung einer unmöglich gewordenen Sachleistung in eine Geldleistung 1761, 2486. Zeitpunkt für die Berechnung des Interesse in solchem Falle 2876.

O. Provisorische Sicherstellungsmittel.

I. Provisorische Sequestration. Voraussetzungen derselben 47, 248, 397, 923, 1026, 1326 und 2524 (Erforderniß vorausgehender Klageanbringung), 1500, 1628, 1860 (Fluchtverdacht), 1898, 2626 und 3208 (Gefahr?), 2848, 3193 (wegen Streitigkeit des Besitzes oder wegen drohender Gefahr?). Sequestration einer Verlassenschaft wegen widerstreitender Erbansprüche 1001, 1434, 2140. Berechtigung des Miterben, die Sequestration der in Händen anderer Erben befindlichen Nachlaßgüter zu verlangen 2209. Sequestration eines gemeinschaftlichen von einem Miteigenthümer verwalteten Hauses auf Begehren des anderen 3105. Sequestration zu Gunsten des Aerars 645, 1628, 2263; — zu dessen Nachtheil 1984. Bestimmung des Sequesters und des Sequestrationsortes 2469. Besitzstörungsklage des Sequesters gegen eine Sequestrationspartei 819. Gerichtliche Bestimmung der dem Sequester gebührenden Entlohnung in nichtstreitigem Verfahren 2831. Haftung der Sache für die Kosten einer angeordneten Sequestration 1441. Sequestration während eines Bestandprocesses: Besitz der streitigen Sache 1655. Sequestration der pfandweise beschriebenen invecta et illata. Gefahr der Verschleppung? 3031. Anspruch des Beklagten auf Alimentation aus dem Ertrag der sequestrirten Sache 1749. Unzulässigkeit der Bestellung eines Sequesters wegen befürchteter Empfangsverweigerung seitens des Berechtigten 1755. Sequestration der verkauften Sache auf Verlangen des Verkäufers 1762. Ersatz des durch eine Sequestration zugefügten Schadens 2933.

II. Beschlagnahme wegen Eingriffs in ein Privilegium 102.

III. **Verbot.** Competenz 1545, 3115. Urkundlicher Nachweis (Bescheinigung) der Forderung 1847, 3117. Entbehrlichkeit der Bescheinigung bei Leistung der Caution 2491. Urkunden, auf Grund deren das Verbot ohne Cautionsbestellung bewilligt wird 409. Unzulässigkeit des Nachweises der Forderung durch Zeugen 2930. Nothwendigkeit der Rechtfertigung eines erwirkten Verbotes 483. Erweiterung der Frist zur Rechtfertigung 3007. Unzulässigkeit der Cession einer mit Verbot belegten Forderung 529. Verbotslegung auf eine cedirte Forderung 2176. Einfluß des Verbotes auf die Zahlung bei späterer executiver Einantwortung 2130. Verbot auf Brandschadensvergütung für ein bereits in Execution gezogenes Gut? 2885. Unstatthaftigkeit des Verbotes auf Forderungen an den Verbotswerber 2765. Eigenthumsanspruch eines Dritten auf die mit Verbot belegten Sachen 2649. Anfechtung der Berechtigung Desjenigen, wider welchen das Verbot erwirkt wurde, durch Klage wider den Zahlungspflichtigen 2889. Verbot auf Forderungen eines ausländischen Cridatars 547, 1358. Gefahr als Voraussetzung des Verbotes 580 (Vorhandensein eines Solidarschuldners als Grund der Verweigerung), 1121, 1140, 1545, 1603 (beabsichtigte Uebersiedlung nach Ungarn), 1689, 2382, 2614, 2930 (durch das dem Arrestaten bewilligte Armenrecht); — Verbot zum Zwecke der Sicherstellung von Gemeindeumlagen 2243; — von Börsedifferenzen 3115. Verbot auf eine auf den Ueberbringer lautende Polizze 887.

IV. **Verhaftung.** Bescheinigung der Gefahr 1736. Unzulässigkeit des provisorischen Arrestes zur Sicherung eines Dienstverhältnisses 2276. Entschädigungsklage wegen eines angeblich rechtswidrig erwirkten Wechselarrestes 2281.

V. **Execution zur Sicherstellung.** Execution zur Sicherstellung der bereits durch Pfandrecht gedeckten Forderung (insbesondere auch durch Sequestration der verpfändeten Liegenschaft) 2081, 2363, 2629, 2655, 2706, 2841, 2895, 3166, 3213. Unzulässigkeit der Verbindung von Pfändung und Sequestration 3164. Abwendung derselben (der pfandweisen Beschreibung der invecta et illata) durch Erlag baaren Geldes 23, 279. Pfändung des Nachlasses eines Pfarrers zur Sicherstellung der Ersatzansprüche der Kirchen- und Armencasse 665. Execution zur Sicherstellung von Aerarialforderungen 1973, 2047, 2588, 2673, 2875, 2916. Execution zur Sicherstellung auf Grund einer Urkunde, deren Echtheit bestritten ist 589; — deren Original fehlt 1646; — ungeachtet der unterbliebenen Zustellung einer Abschrift der Urkunde an den Beklagten 2484; — während des anhängigen Processes über Alimente 3129; — im Mandatsproceß 1781, 2583, 2773, 2841, 2895, 2907; — während des summarischen Processes, wenn die Klage auf einer vollen Glauben verdienenden Urkunde beruht 841; — auf Grund eines durch Apellation angegriffenen Urtheils 1943, 2435, 2957, 2977; — während der Verhandlung über die Nichtigkeit des Schiedsspruches 1364; — gegen einen Nachlaß während des Zuges der Gläubigerconvocation 2798.

(Beibringung der Originalurkunde als Voraussetzung der Sicherstellungsexecution im Executivproceß 2988.) Ansuchen um Execution zur Sicherstellung, während der Beklagte seine Verbindlichkeit zu erfüllen unternimmt 1287. Unzulässigkeit der Verwandlung der Zahlungsexecution in Sicherstellungsexecution 1558. Kosten 2472.

P. Güterabtretung. Rechtswohlthaten. Behandlung der Gläubiger.

Einfluß der Güterabtretung auf die Schuldhaft s. N. V. Ausschließliche Competenz der Concursinstanz 1790. Verhältniß des über die Rechtswohlthaten entscheidenden Richters zum Erkenntniß über die culpose Criba 1944. Klage auf Zugestehung der Rechtswohlthaten nach erfolgter Concurseröffnung 222; — nach Beendigung der Concursverhandlung 1220, 1292. Contrahiren neuer Schulden nach der Güterabtretung 1718. Verzicht auf den eventuellen Anspruch auf Rechtswohlthaten 1988. Beneficium competentiae 444, 727. Klageführung während einer im Zuge befindlichen Behandlung der Gläubiger 778. Executionsführung während derselben 108.

Q. Besondere Proceßarten.

I. Aufforderungsproceß. Verhältniß zum Rechnungsproceß 702. Aufforderung wegen eines Baues oder wegen Berühmung? 2874. Vereinigung der Bauaufforderung mit dem Aufforderungsproceß wegen Berühmung 981. Processualische Stellung zweier mit derselben Aufforderungsklage Belangten 980. Urtheilsmäßige Frist zur aufgeforderten Klage: Erstreckbarkeit dieser 1559; — Unerstreckbarkeit derselben 2594. Wiedereinsetzung gegen deren Versäumnung 1972.

1. Aufforderung wegen Berühmung. Competenz des Gerichtsstandes des Vertrages 2900. Unzulässigkeit der Abweisung der Klage a limine 1756, 1840. Voraussetzung der Berühmung 2201, 2823. Fälle der Berühmung: Aufführung einer Passivpost im Contocorrente 144; — einer Activpost im Vermögensverzeichniß des Cridars 2004; — Anführung einer Forderung unter den Verlassenschaftsactiven? 3190; — Aufnahme einer Bestimmung in einem zwischen dem Aufforderer und dem Aufgeforderten geschlossenen Vergleich? 2902; Zulässigkeit der Aufforderungsklage gegen das Postärar wegen Rechnungsbemängelung 2088. Verweigerung der Devinculirung einer Caution 294. An den Gemeindevorstand gerichtete Bitte um Gleichstellung mit anderen Gemeindebürgern hinsichtlich des Waldgenusses 448. Einbeziehung von Sachen in ein Verlassenschaftsinventar 501. Erklärung des Pächters, daß die Bestandsache sein Eigenthum sei 511. Executionsgesuch 884. Erwirkung der executiven Einantwortung einer Forderung an den Aufforderer 927. Untersagung einer Baumpflanzung auf dem Besitzthum des Aufgeforderten 1021. Erwirkung der Anmerkung der Leheneigenschaft 1126. Aufforderungsklage gegen den

Appellationsfrist bei Einklagung des Bestandzinses 1295; — bei Klagen wegen abgelaufener Bestandzeit 2995. Verspätung der Revisionsanmeldung 2525. Unzulässigkeit der Wiedereinsetzung zum Eidesantritt 1983. Unzulässigkeit der Beweisführung pro vitando perjurio 3142.

VII. **Besitzstreitigkeiten.** (Vgl. Sachenrecht A. III.) Competenz bei Störung im Besitz von Bergbau-Objecten 1187. Unzulässigkeit der Abweisung einer gehörig instruirten Besitzstörungsklage a limine 2272. Verpflichtung des Gerichtes, von Amtswegen für die Richtigstellung der passiven Sachlegitimation zu sorgen 2282. Verstreichen der Frist durch ein Compromiß und dessen Vereitlung 555. Unzulässigkeit der Revision gegen die vom Oberlandesgerichte verfügte Ergänzung der Verhandlung 1020. Unzulässigkeit des Recurses gegen die Cassirung des erstrichterlichen Erkenntnisses 2868. Entbehrlichkeit der Unterschrift eines Advocaten auf Restitutionsgesuchen 1930. Kosten der Beiziehung eines Advocaten 2913. Unzulässigkeit der Intabulation des Erkenntnisses 1814. Eigenthümliche Natur des Vergleiches 1886, 2002. Vorgang bei Verhängung von Geldstrafen wegen neuerlicher Besitzstörung 1982. Execution des Besitzstörungserkenntnisses gegenüber einer anderen Form der Besitzstörung 2886, (2715).

VIII. **Handelsgerichtliches Verfahren** 456, 1636, 1781, 2803.

Concurs.

A. Materielles Concursrecht.

I. Wirkungen der Concurseröffnung:

1. Aufhören des Verfügungsrechtes des Gemeinschuldners. Veräußerung in fraudem creditorum 188, 964. Verhältniß des Cridatars zur Masseverwaltung 785. Proceßführung gegen die Person des Cridatars 724, 518 (Löschung eines Pfandrechtes), 547 und 1358 (Verbot auf Forderungen eines ausländischen Cridatars), 950 (Forderungen, welche nach der Concurseröffnung entstanden, 1216 (eventuelle Executionsführung auf ein Cridagut).

2. Competenz, Proceßführung, Verjährung. Ueberantwortung anhängiger Proceßsachen an die Concursbehörde 342. Abgrenzung der Competenz der Concursbehörde 199, 518, (547), 582, 913, 950, 1216, 1650, 1746, 1790. Klagen wider die Verwaltung des Concursvermögens 199, (410), 435, 1197, 1727, 1785, 1881. Concursmasse als Klägerin 719, 1042, 1099, 1165, 1423, 1955, 2046. Proceßkostenersatz von der Concursmasse begehrt 858, 1022, 1042, 1294. Verurtheilung des Gegners einer Concursmasse zur Entrichtung der für die Vertretung der Concursmasse aufgelaufenen Kosten 304. Klagscaution von der Concursmasse begehrt 1099, 1165, 1467. Einfluß der

B. Verfahren im Concurse.

C. Ausgleichsverfahren.

Verfahren außer Streitsachen.







